

JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA

**CONTRIBUIÇÕES PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO USO
DA PRISÃO PREVENTIVA PELOS JUÍZOS CRIMINAIS ESTADUAIS
DE CURITIBA**

CURITIBA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

CONTRIBUIÇÕES PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO USO
DA PRISÃO PREVENTIVA PELOS JUÍZOS CRIMINAIS ESTADUAIS
DE CURITIBA

Dissertação apresentada pelo mestrando
João Rafael de Oliveira ao programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná como
requisito parcial para outorga do título de
Mestre em Direito do Estado.

Orientadora: Profa. Dra. Clara Maria
Roman Borges

CURITIBA

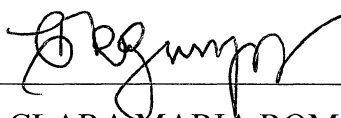
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA

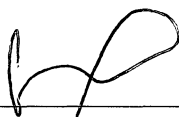
CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA UMA COMPREENSÃO CRÍTICA DO USO DA PRISÃO PREVENTIVA PELOS JUÍZOS CRIMINAIS ESTADUAIS DE CURITIBA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:



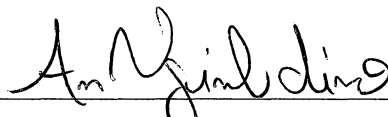
Prof. Dra. CLARA MARIA ROMAN BORGES

Orientadora



Prof. Dr. GERALDO PRADO

Primeiro Membro



Prof. Dr. ANDRÉ GIAMBERARDINO

Segundo Membro

Curitiba, 06 de março de 2015.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Antonio e Laura, pelo carinho, amor e, especialmente, por todo o esforço que fizeram para que eu alcançasse uma formação digna e, antes de tudo, humana. Essa conquista é também dos senhores.

À Karol pelo companheirismo, compreensão e apoio incondicional.

À minha orientadora (não só deste trabalho, mas da vida), Profa. Dra. Clara Maria Roman Borges, por tudo que contribuiu para minha formação no Direito. Professora, muito obrigado.

Ao meu primeiro professor de Direito Penal e hoje sócio, Prof. Dr. Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Junior. Serei eternamente grato por tudo que fez para a minha formação acadêmica, profissional e pessoal. Muitíssimo Obrigado.

Ao Sylvio Lourenço da Silveira Filho, grande processualista penal, pelas dicas dadas e obras raras emprestadas que foram essenciais para o ingresso no programa de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná, bem como para a conclusão da dissertação. E, acima de tudo, pela sincera amizade.

Aos colegas do Monteiro Rocha Advogados, Gustavo Alberine Pereira, Lenise Souza Mamede, Luciana Gabardo, Noah Guimarães. Sem vocês a concretização desse trabalho não seria possível.

Aos professores da Graduação (UNIBRASIL), da Especialização (ABDCONST) e do Mestrado (UFPR) que de alguma forma marcaram minha trajetória acadêmica (ainda e eternamente em desenvolvimento): Paulo Ricardo Schier; Adriana Schier; Ana Carla Harmatiuk Matos; Ana Claudia Finger; Luis Eduardo Trigo Roncaglio; Marco Marrafon; Ricardo Mendonça; Flávio Trovão; Fábio Bozza; Valter Fernandes Cunha; Ozias Paese Neves; Cimone Rozendo; Flávio Bortolozzi; André Giamberardino; Flávio Antonio da Cruz; Ricardo Marcelo Fonseca; Luis Fernando Lopes Pereira; Cesar Serbena.

Aos processualistas penais que direta e/ou indiretamente contribuíram para a minha compreensão de processo penal: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Aury Lopes Junior; Geraldo Prado; Fauzi Hassan Chouckir; Alexandre Morais da Rosa.

Aos amigos Décio Franco David e Daniel Laufer, cujos debates sobre o tema e as indicações de artigos científicos foram imprescindíveis para a realização desta pesquisa.

Por fim, mas não menos importante, aos amigos mestrando e doutorando, em especial pelos fortes embates travados nas reuniões do Círculo de Viena (quanta pretensão!): Leonardo Costa de Paula; Leandro Gornick Nunes; Leonardo Marcondes Machado; Leandro Rutano.

A todos os demais amigos e colegas que participaram direta e indiretamente da construção desse trabalho.

Meu sincero obrigado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	3
1.1. Introdução ao Processo Penal Constitucional.....	3
1.1.1 Devido Processo Legal e Medidas Cautelares	5
1.1.2 Presunção de Inocência e Medidas Cautelares.....	7
1.1.3 Legalidade e Medidas Cautelares	10
1.2 Regime jurídico das medidas cautelares processuais penais	13
1.2.1 Jurisdicionalidade e Motivação	13
1.2.3 Princípio da provisionalidade ou situacionalidade	20
1.2.4 Duração razoável do processo e Princípio da provisoriedade	22
1.2.5 Princípio da proporcionalidade	24
2. MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	27
2.1 Prisão Preventiva	27
2.1.1 Breve histórico	27
2.1.2 Conceito e função: prisão preventiva enquanto instrumento do instrumento (processo).	30
2.1.3 Legitimidade para requerê-la e competência para decretá-la: prisão preventiva e imparcialidade do juiz.....	32
2.1.4 Pressupostos probatórios e cautelares: <i>fumus comissi delicti e periculum libertatis</i>	34
2.1.4 Fundamentos “cautelares” previstos na legislação processual brasileira	

2.1.4.1 Garantia da Ordem Pública	37
2.4.1.2 Garantia da Ordem Econômica	43
2.1.4.3 Para conveniência da instrução processual	44
2.1.4.4 Para assegurar a aplicabilidade da Lei Penal.....	47
2.5 Análise dos artigos 313 e 314. Casos em que a prisão preventiva pode ou não ser decretada.	49
2.6. Tempo de duração da prisão preventiva.....	58
3. A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NAS VARAS CRIMINAIS DE CURITIBA	61
3.1 Introdução metodológica.....	62
3.2 Dados da Terceira Vara Criminal.....	64
3.3 Dados da Quarta Vara Criminal	66
3.4 Dados da Décima Vara Criminal.....	67
3.5 Dados da Décima Primeira Vara Criminal.....	70
3.6 Dados da Décima Quarta Vara Criminal.....	73
4. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA COMPREENSÃO CRÍTICA DO FENÔMENO DA BANALISAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR..	75
4.1 Introdução	75
4.2 Biopolítica, racismo de classe e estado de exceção.....	76
4.3 O autoritarismo <i>cool</i> no Brasil e o processo penal do inimigo	83
4.3 Neoliberalismo e sociedade de controle	87
4.3 Medidas cautelares diversas da prisão: solução do problema do encarceramento em massa ou expansão do controle social pelo poder punitivo?..	91
4.3.1 Inovações no regime das medidas cautelares pessoais: breves apontamentos sobre a Lei 12.403/11	91
4.3.2 A expansão do controle social pelo poder punitivo estatal no Brasil: histórico a partir dos substitutivos penais.....	96
CONCLUSÕES	99
REFERÊNCIAS	106

RESUMO

A diferença entre o discurso jurídico constitucional e a prática vivenciada nos Fóruns Criminais, quando em pauta está a prisão preventiva, causa, no mínimo, espanto. Para quem se limita à leitura da dogmática processual penal constitucional, a prisão provisória, demarcada pela excepcionalidade, tem campo de atuação restrito. Em tese, como mal necessário, aplica-se somente quando houver necessidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo de conhecimento ou de futura execução da pena. Infelizmente, mesmo após mais de 25 anos de Constituição, num País em que a transição democrática é cambaleante, a prisão preventiva continua sendo a regra, mormente para determinada classe de social. Essa triste realidade impõe uma busca pela compreensão do fenômeno da banalização do uso da prisão provisória a partir de fontes outras que não propriamente o direito. O presente estudo pretende refletir acerca do uso desmedido da prisão preventiva com base na filosofia, na sociologia e na criminologia, para que se permita uma visão desmistificadora das funções reais da custódia cautelar, cujo crescimento vertiginoso continua, a despeito da vigência, por mais de três anos da Lei 12.403/2011 que instituiu as medidas cautelares diversas da prisão. A necessidade de controle social de determinadas classes, classificadas como perigosas, somada a leis de exceção, são, dentre outras, algumas das hipóteses estudadas no presente trabalho.

RIASSUNTO

La differenza tra il discorso giuridico costituzionale e la prassi vissuta nei Forum Penale, quando si tratta della detenzione provvisoria, è almeno sorprendente. Per quelli giuristi limitati alla lettura della procedura penale costituzionale, l'arresto provvisorio, caratterizzato da eccezionale, ha limitata applicazione. In teoria, come un male necessario, si applica solo quando vi è necessità di garantire il buon sviluppo del processo di conoscenza o futura esecuzione della pena. Purtroppo, anche dopo più di 25 anni della Costituzione, in un paese in cui la transizione democratica è sconcertante, la custodia cautelare rimane la regola, in particolare per una determinata classe sociale. Questa triste realtà impone una ricerca per comprendere la banalizzazione del fenomeno dell'uso di detenzione provvisoria da fonti diverse dalla leggestessa. Basato sulla filosofia, sulla sociologia e sulla criminologia, questo studio si propone di riflettere sull'uso eccessivo della detenzione preventiva, in modo da permettere una visualizzazione demistificante delle funzioni reali della custodia cautelare, la cui crescita vertiginosa continua, nonostante la forza per più di tre anni della legge 12.403/2011 che stabilisce le diverse misure cautelari alternative al carcere. La necessità di controllo sociale di alcune classi, classificate come pericolose, insieme con le leggi d'emergenza, sono, tra altri, alcune delle ipotesi studiate in questo lavoro.

INTRODUÇÃO

O discurso jurídico constitucional em torno da prisão preventiva está estruturado na sua excepcionalidade, isto é, sustenta que por força da exigência do devido processo legal o acusado deve aguardar o desenvolvimento processual em liberdade, salvo quando o recolhimento ao cárcere for medida essencial para realizar a colheita de provas ou para evitar o descumprimento de eventual sentença condenatória.

Não obstante, há uma percepção geral - ao menos para aqueles que por algum momento se debruçaram sobre o tema - de que a realidade constatada nas unidades de detenção provisória espalhadas pelo País, nem de longe, corresponde com este discurso .

Os dados exibidos pelo Ministério da Justiça, por meio do INFOPEN, são uma constatação matemática de que há um hiato entre o discurso e a praxe quando em pauta está a prisão preventiva.

Essa percepção e a angústia dela oriunda conduziram o desenvolvimento do presente trabalho, por meio do qual, buscou-se: (i) analisar a medida cautelar da prisão preventiva à luz do processo penal constitucional; (ii) verificar, mediante pesquisa empírica realizada através do exame de decisões judiciais proferidas por algumas Varas Criminais Estaduais de Curitiba após o comunicado de detenção em flagrante, se essa intuição acerca do uso abusivo da prisão preventiva encontra substrato no Fórum Criminal de Curitiba; e, (iii) compreender criticamente o fenômeno do encarceramento em massa, socorrendo-se, para tanto, de fontes diversas do Direito, mais especificamente, advindas da filosofia, sociologia e criminologia.

A pesquisa ora apresentada é o resultado dessa busca que, sem a pretensão de esgotar o tema, desdobra-se em quatro capítulos.

Os dois primeiros capítulos foram destinados ao estudo da prisão preventiva a partir de uma base de direito processual penal inserido no Estado Constitucional de Direito.

O capítulo terceiro, por sua vez, deu forma às reflexões realizadas sobre os dados coletados em 5 (cinco) Varas Criminais Estaduais de Curitiba. Para este ponto, no qual foram examinados aproximadamente 600 (seiscentas) decisões, contou-se com a dedicada ajuda dos acadêmicos de Direito do Centro Universitário do Brasil – Unibrasil, Álvaro, Silvia e João Carlos.

Para dar conta da pesquisa empírica optou-se por um recorte, consistente no exame das decisões proferidas em cinco Varas Criminais de Curitiba, no período de junho a início de dezembro de 2014, após a comunicação do auto de prisão em flagrante, em que a imputação fosse tráfico de drogas, roubo, furto (qualificado e simples) e receptação.

O exame das decisões, por sua vez, seguiu um questionário pré-estabelecido, composto pelas seguintes perguntas: (a) Qual foi a medida cautelar adotada pelo Juízo após a comunicação do flagrante (liberdade provisória com fiança; liberdade provisória sem fiança; cautelar diversa da prisão; prisão preventiva) ; (b) Se prisão preventiva, qual o requisito cautelar adotado pela decisão (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; aplicação da lei penal).

Por fim, o quarto e último capítulo foi destinado à análise de teorias que lançam algumas luzes para compreensão crítica sobre o fenômeno da banalização da prisão preventiva. É aqui que entram as reflexões sobre biopolítica (Michel FOUCAULT), racismo de classe (JESSE SOUZA) e estado de exceção (AGAMBEN), autoritarismo *cool* e processo penal do inimigo (ZAFFARONI), neoliberalismo e sociedade de controle, medidas alternativas ao cárcere e expansão do controle social pelo poder punitivo do Estado.

Ressalta-se, longe de esgotar o tema, deveras deprimente¹, o trabalho tem por objetivo apontar para um outro olhar que, distante do *senso comum teórico* reprodutor dos discursos legitimadores do encarceramento em massa, possa desvelar as reais funções da prisão provisória no Brasil.

1. AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

1.1. Introdução ao Processo Penal Constitucional

O Estado de Direito é historicamente caracterizado pela contenção do poder (tendente a ser arbitrário) por meio do Direito². Falar em Estado de Direito, portanto, significa a defesa da importância do direito, a exaltação à autonomia dos cidadãos contra o poder estatal, bem como, a oposição da liberdade aos regimes totalitários.

O Estado de Direito, inicialmente marcado pelo império da lei frente ao arbítrio estatal, após os eventos totalitários (nazista e fascista) dos anos 30, colocou em evidência a força do poder e, por conseguinte, a fragilidade do sistema de proteção dos direitos até então estabelecido.³

A solução pensada se apresentou com o ressurgimento do jusnaturalismo somado à teoria Kelseniana do Estado Constitucional de Direito, no qual a lei também é submetida ao controle jurisdicional, pautado na análise hierárquica dos atos normativos.⁴

¹ Cordero, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: UTET, 1986, p. 262.

² Para compreensão do Estado de Direito: COSTA, Pietro. **O estado de direito**. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-200

³ Como é cediço, em ambos os regimes fascista e nazista existiu uma engenharia legislativa que “permitiu” as maiores atrocidades já vista na história da humanidade. Para compreensão desse ponto: MUÑOS CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y El derecho penal de su tiempo**: estudios sobre El derecho penal em El nacionalsocialismo. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

⁴ Sobre Estado Constitucional do Direito ver: COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Juruá: Curitiba, 2010. p. 241-274.

Daí o fenômeno do desenvolvimento jurídico-constitucional que tem se regido pela consolidação dos direitos fundamentais, posituação dos direitos humanos e limitação do poder, submetendo o seu exercício aos mais diversos controles⁵.

O Estado Constitucional de Direito tem por base nuclear as regras do devido processo legal, por meio do qual, conforme leciona PRADO “o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio⁶”.

O processo penal, inserido neste contexto, por ser *necessário*⁷ para aplicação da sanção penal, deve ser lido como instrumento de máxima eficácia das garantias fundamentais. Assim, quanto maior for o respeito pelas garantias processuais mais efetivas serão as garantias substanciais.⁸

Está aqui a razão pela qual o processo não pode ser um mero jogo de cena, um simples procedimento formal que antecede a aplicação de um consequente penal previamente estabelecido⁹. Ao contrário, como sintetiza

⁵ Aqui vale, desde logo, fazer uma reflexão a partir de Foucault. Segundo o filósofo francês o poder se encontra pulverizado nas mais ínfimas relações sociais e não pode ser mensurado ou limitado. O seu exercício, todavia, pode ser condicionado e o Estado de Direito, nessa perspectiva, nada mais é do que uma tentativa discursiva de justificar o exercício do poder estatal como algo limitado pelas leis ou pela Constituição. Tal discurso, aliás, acaba por legitimar o exercício do poder punitivo do Estado, cujo exercício teoricamente estaria limitado pelas regras do devido processo legal.

⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

⁷ Como explica COUTINHO, ocorrido o fenômeno, em tese, criminoso, a sanção só será executada após a decisão jurisdicional que por sua vez está atrelada a um pressuposto: a reconstituição de um fato passado, o delito, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

⁸ Nas palavras de FERRAJOLI: *As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta e a culpabilidade –, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, são ditas também “instrumentais” no que tange às garantias e às normas penais, estas chamadas, por sua vez, “substanciais”*. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 495

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O devido processo legal (penal) e o poder judiciário**. In: Antonio José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

PRADO “somente o processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa, estará de acordo com o ideal preconizado pela categoria jurídica do devido processo legal”.¹⁰

Com efeito, tendo em vista o objeto do presente trabalho, passa-se a discorrer sobre os princípios estruturantes do processo penal constitucional, a saber, (i) devido processo legal, (ii) presunção de inocência e (iii) legalidade, mormente as suas respectivas incidências no tema pertinente às medidas cautelares.

1.1.1 Devido Processo Legal e Medidas Cautelares

Ausente nas Constituições anteriores, a cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5, inciso LIV, da CR/88, dispõe expressamente que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Longe de ser mera formalidade procedimental, o *due process* possui substancial significado histórico, o qual não pode ser descurado, embora isso normalmente ocorra com os manuais de processo penal disponíveis no mercado editorial.¹¹

Como visto no tópico anterior, o devido processo legal é uma das bases estruturais do Estado de Direito, cuja gênese é apontada à Carta Magna

(Org.) Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v., p. 291-300.

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

¹¹ Raras são as exceções, nas quais se inserem: Curso de Processo Penal do Aury Lopes Jr; Teoria do Processo Penal Brasileiro de Antonio Pedro Melchior e Rubens Casara; Curso de Processo Penal de Nereu Giacomolli; Guia Compacto de Processo Penal: conforme a teoria dos jogos de Alexandre Moraes da Rosa.

de 1215 do rei João “Sem Terra”¹². Neste contexto histórico de limitação do poder real e de reformulação do poder político em virtude da dominação econômica, registrou-se no artigo 39 da Carta as expressões *per legale iudicium parium suorum e per legem terrae*, que deram origem à cláusula do devido processo legal.¹³

O *due process* também foi expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 que dispõe no seu artigo XI, n. 1º “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

No seu aspecto substancial, o devido processo legal significa a imprescindibilidade do exercício racional e proporcional tanto do poder legislativo quando da atividade administrativa.

Nas palavras de CASARA e MELCHIOR “através do devido processo legal substancial, a Agência Judicial está obrigada a questionar a razoabilidade/proporcionalidade das leis e a justiça das decisões estatais, independente da esfera em que foram proferidas¹⁴”.

Em sentido formal/processual, por sua vez, entende-se a necessidade de um processo regido por uma legislação previamente estabelecida, no qual se observe a efetiva paridade de armas entre as partes.

¹² Explica Moraes da ROSA que “foi um pacto estamental, realizado entre a burguesia (os Barões Ingleses) e aquele que pela morte de seu irmão Ricardo I, à época rei da Inglaterra, viria a sucedê-lo na coroa britânica. O novo Rei John de Anjou, chamado de Rei João “Sem Terra”, teria recebido esse nome pelo fato de não ter herdado terras quando a morte de seu pai Henrique II. Sendo, então, um Rei sem posses e desprestigiado, se viu pressionado pela burguesia a ceder alguns Direitos como condição necessária para permanecer no trono”. In: ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal: conforme a teoria dos jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55-56.

¹³ CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo penal Brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 317.

¹⁴ CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo penal Brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 319.

O devido processo legal, nos seus dois aspectos, conduz ao *devido processo penal*, compreendido como desenvolvimento da persecução penal com respeito ao conjunto de garantias individuais do imputado/acusado, que conferem legitimidade ao acerto do caso penal.

1.1.2 Presunção de Inocência e Medidas Cautelares

A perspectiva contemporânea do princípio da presunção de inocência, dada especialmente a partir da expressa previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁵, elevou-o ao status de direito fundamental¹⁶.

O Pacto de São José da Costa Rica de 22/11/1969, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 678, de 06.11.1992, estabeleceu em seu art. 8.2¹⁷ a presunção de inocência.

A Constituição da República de 1988, inovadora nesse aspecto em relação às Constituições anteriores, prevê no artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A despeito de ter sido consignado na Constituição da República de 1988 a formulação negativa (presunção de não culpabilidade), o exame dos debates realizados na Constituinte - nos quais os constituintes tratavam as expressões *presunção de inocência* e *presunção de não culpabilidade* como sinônimas -, e a interpretação sistemática da Constituição, afasta qualquer possibilidade de aproximação com a formulação técnica nazifacistas

¹⁵ Art. XI, 1: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

¹⁷ Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

consistente na “não consideração prévia de culpabilidade¹⁸” que, a rigor, resultou no completo esvaziamento da presunção de inocência.¹⁹

Segundo CORDERO o princípio da presunção de inocência se constitui num cânone processual penal que opera em dois sentidos: a) em primeiro lugar, não permite que o acusado seja submetido a penas antecipadas ou medidas análogas; b) em segundo lugar, projeta sobre a acusação o ônus de provar os fatos penalmente qualificados e, em caso de dúvida, serve de fundamento à absolvição do acusado.²⁰

A consequência da adoção do princípio da presunção de inocência impõe, portanto, que ninguém poderá sofrer antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação, e as prisões provisórias só têm sentido enquanto cumprirem a função cautelar em relação ao processo penal de conhecimento, garantindo a eficácia da prestação jurisdicional, se presentes os seus requisitos e fundamentos.

Por este motivo, a prisão cautelar deverá ser medida excepcional a ser decretada quando demonstrada concretamente sua necessidade para assegurar o regular desenvolvimento do processo ou a futura aplicação da lei penal, ou seja, somente quando houver perigo de deterioração da prova e/ou risco de fuga.

¹⁸ Consoante ensina Maurício Zanoide: “a noção de não consideração prévia de culpabilidade” foi uma criação positivista do facismo habilmente elaborada a fim de que, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, se atingisse a palavra “inocência”. Afirmava-se, à época, que se não se pode dizer que o imputado seja culpado no início da persecução penal, também não se pode afirmar seja ele inocente. Portanto, concluía-se melhor afirmá-lo “não culpado”; jamais inocente”. In: MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 216-220.

²⁰ No original: “Este ultimo canon opera em dos sentidos: em primer lugar excluye que el acusado sea sometido a penas anticipadas o a medidas análogas, y em segundo lugar, echa sobre la acusacion La carga de La prueba sobre hechos penalmente calificables, y mientras que haya una duda, debe ser absuelto”. In: CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 398.

Ainda assim, como ensina FERRAJOLI “a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação”, porquanto “o interrogatório, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito de defesa (...)”²¹

De igual modo, o risco de fuga como fundamento legítimo da prisão cautelar deve ser examinado com cuidado, isto porque (i) numa sociedade de permanente vigilância e controle como a atual é pouco provável que alguém consiga fugir definitivamente, (ii) a fuga do acusado já o coloca numa situação de clandestinidade e constante insegurança, o que, por si só configura numa pena grave, e, (iii) ainda que em determinado caso concreto não ficasse rastros do acusado, a fuga atingiria indiretamente o efeito de prevenção especial da pena, consistente na neutralização do apenado²².

Não obstante, o assustador índice de prisão sem condenação definitiva em toda a América Latina – no Brasil, em torno de 32%²³ - coloca em cheque o princípio da presunção de inocência.

Tal situação caótica levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em julgamento do caso 12.553, *Jorge, José y Dante Peirano Basso vs Republica Oriental Del Uruguay* a desenvolver e aprovar o informe nº 35/07, no qual se assentou a aplicação concreta dos princípios pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH) acerca do encarceramento preventivo.²⁴

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.513.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavors, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.514.

²³ Relatório disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em: 17/12/2014.

²⁴ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 7.

Sobre a presunção de inocência e prisão preventiva o Informe 35/07 da CIDH determina que: (i) o acusado, regra geral, deve permanecer livre durante o desenvolvimento do processo; (ii) a excepcional prisão provisória deve ter um limite máximo de duração, não podendo perdurar por muito tempo, sob pena de se configurar antecipação de tutela penal, o que, por elementar, romperia com o dever de tratamento de inocência imposto ao Estado frente ao indivíduo submetido ao processo crime.²⁵

Com efeito, da leitura do informe acima mencionado, extrai-se que a prisão cautelar pode ser compatível com a presunção de inocência, desde que seja excepcional, fundada nos pressupostos e requisitos cautelares e tenha curto prazo de duração. A medida cautelar decretada em inobservância a tais condições, configura-se em nítida pena antecipada, logo, incompatível com a presunção de inocência.

1.1.3 Legalidade e Medidas Cautelares

A CR/88 dispõe no rol de garantais individuais fundamentais que (i) “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5º, inciso II)”, (ii) “não há crime sem lei anterior que defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX”, (iii) a lei penal

²⁵ No original: “A su vez, el artículo 8(2), expresa: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general. 70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada^[14]. 71. En este sentido, la Comisión ha afirmado que, al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, "en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual" 72. Como derivación del principio de inocencia, se exige un límite temporal "razonable" a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.”

Disponível

em:

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>. Acesso em: 01/12/2014.

não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, inciso XL)”, e (iv) “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, inciso LVII)”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, prevê em seu artigo 9º que “ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que aplicável no momento da ocorrência do delito”.

Especialmente acerca da prisão, o referido diploma internacional dispõe no artigo 7º, 2 que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Da articulação sistemática dos enunciados normativos acima delimitados é possível extrair uma correlação entre a legalidade penal material (exigência de reserva legal para criminalização de condutas e imposição e pena) e a legalidade processual (entendida como estruturação prévia do processo e exigência de reserva legal para decretação de medida cautelar restritiva de liberdade ou constritiva de bens).

Esse paralelismo, como ensina BINDER decorre “do fato político comum de que, em sentido amplo, a irretroatividade da lei penal – a lei penal propriamente dita e a lei processual penal – está relacionada com o controle da arbitrariedade no exercício do poder penal”.²⁶

Daí porque a partir do princípio da legalidade se impõe que nenhum cidadão será submetido, por força estatal, a crimes, penas e/ou restrições à liberdade e constrição de seus bens, sem legitimação derivada da lei.

²⁶ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

Nesse ponto, vale citar FIGUEIREDO DIAS, para quem “o princípio-jurídico da legalidade se estende, em certo sentido, a toda repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal²⁷”.

Portanto, nada mais equivocado se falar em poder geral de cautela no processo penal, uma vez que, ao contrário do que ocorre no processo civil, na esfera processual penal o juiz não pode aplicar medidas restritivas de liberdade ou constritiva de bens ao seu livre talante.

Isto porque, em se tratando de medidas restritivas de direitos fundamentais do investigado ou acusado, é de rigor a observância do princípio da estrita legalidade e, conseqüentemente, da tipicidade do ato processual.

Como cediço, num Estado Constitucional de Direito o exercício da liberdade individual, em todos os seus âmbitos (liberdade de ir e vir, liberdade de disposição dos bens, etc), não depende de qualquer legitimação; por outro lado, o exercício do poder punitivo do Estado necessita sempre de legitimação, configurada, entre outros elementos, na prévia disposição legal para sua realização.²⁸

Ainda, cabe recordar que a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Dec-Lei nº 3.931/41 – tratando do tema correlato à intemporalidade da regra processual, prevê em seu artigo 2º que “à prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”.

De mais a mais, imperioso ressaltar que a ideia de poder geral de cautela no processo penal também encontra barreira sob a ótica constitucional referente à impossibilidade de conferir interpretação extensiva aos dispositivos que restringem direitos fundamentais.²⁹

²⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, **Direito processual penal**. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1984, p. 77.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 808.

²⁹ Na esteira do que leciona J. J Gomes Canotilho, as normas restritivas de direitos fundamentais somente comportam interpretação restritiva. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.141-1.144.

Com efeito, após o advento da Lei 12.403/2011 que rompeu com a sistemática bilateral até então existente, tem o juiz penal a possibilidade de decretar medidas cautelares diversas da prisão, taxativamente arroladas no artigo 319, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em discricionariedade do interprete para impor medida restritiva distinta daquelas previamente positivadas pelo legislador.

1.2 Regime jurídico das medidas cautelares processuais penais

A estrutura principiológica é fundamental e necessária para compreensão de qualquer instituto jurídico.

Especificamente no tema objeto da presente pesquisa – prisão preventiva – são os princípios estabelecidos pela doutrina contemporânea, mormente aquela que analisa o processo penal a partir da sua *instrumentalidade* constitucional, que possibilitarão a existência de uma prisão cautelar com respeito às garantias individuais delimitadas no tópico anterior.³⁰

1.2.1 Jurisdicionalidade e Motivação

Corolário do princípio do devido processo legal, o princípio da jurisdicionalidade impõe que a prisão cautelar somente poderá ser decretada por ordem judicial devidamente fundamentada.

A Constituição da República de 1988 prevê no artigo 5º, inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

Deste dispositivo constitucional se extrai que somente o juízo previamente competente poderá ordenar a custódia cautelar do investigado/acusado.

A prisão em flagrante delito, justamente por ser passível de realização por qualquer pessoa do povo, possui natureza jurídica de medida *subcautelar* ou *pré-cautelar*, não tendo o condão de, *per si*, manter a custódia do detido por mais de 24 horas³¹.

Dito de outra forma, a prisão em flagrante, destinada à detenção do suspeito, surpreendido no momento da suposta prática delitiva, logo após ou na posse de instrumentos ou produto do crime, e à preservação de eventual prova dos fatos, por não possuir escopo cautelar imediato, isto é, garantia da instrução processual e/ou aplicação da lei penal, é precária e pode ou não ser convertida em medida cautelar por decisão judicial fundamentada.

Nesse sentido, não sem tempo, a reforma operada pela Lei 12.403/2011 colocou a prisão em flagrante no seu devido lugar (medida pré-cautelar) ao dispor no artigo 310³² do Código de Processo Penal que o Juiz ao se deparar com o comunicado de flagrante tem o dever de: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a detenção em flagrante para prisão preventiva, nos termos do artigo 312, CPP; e, (iii) conceder liberdade provisória com ou sem fiança nos casos cabíveis.

³¹ O artigo 306, §1º do CPP preconiza que: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. §1º: Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

³² Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal;

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do [art. 312 deste Código](#), e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos [incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Essa “nova” redação acabou com a discussão, até então existente, acerca da legitimidade da manutenção da custódia a título de prisão em flagrante, consagrando, por assim dizer, o princípio constitucional da jurisdicionalidade.³³

O Informativo 35/2007 elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos também contemplou o tema, assentando que além da necessidade de se levar toda pessoa detida frente ao Juiz (art. 7 da CADH), o Estado/Juiz tem o dever de reexaminar periodicamente se estão presentes os pressupostos e requisitos que ensejaram a prisão cautelar do suspeito/acusado.³⁴

De maneira similar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se pronunciou no caso Bezicheri, de 25 de outubro de 1989, que “em caso de prisão preventiva, o requisito do exame judicial da necessidade de detenção inclui o requisito de examinar periodicamente a necessidade de manutenção da prisão. Em particular, estima-se que é razoável que um detento receba um segundo exame da sua prisão após um mês da decretação”.³⁵

Dessarte, a prisão cautelar somente estará em conformidade com a Constituição e os preceitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos quando decorrer de decisão judicial devidamente fundamentada (art. 93, IX, CR), na qual se demonstre os pressupostos (*fumus comissi delicti*) e requisitos (*periculum libertatis*) necessários à sua aplicação.

³³ Infelizmente no Brasil há, ainda hoje, resistências à força normativa da Constituição, em especial na esfera processual penal, bastando para tanto ver o ínfimo controle de constitucionalidade acerca de tal matéria. Mesmo após 25 anos da CR/88 há quem necessite de previsão infraconstitucional para concretizar os direitos fundamentais.

³⁴ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 48.

³⁵ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 49.

Com efeito, é por meio da exigência constitucional de motivação de toda e qualquer decisão judicial que se possibilita o controle racional do saber-poder jurisdicional.³⁶

No que concerne à prisão provisória, a decisão judicial deve vir acompanhada dos fundamentos concretos que revelem a necessidade da drástica imposição da medida para acautelamento do processo, não bastando para tanto mera tergiversação abstrata sobre os pressupostos e requisitos cautelares delimitados na legislação.

Nessa parte, aliás, pode-se dizer, com algumas ressalvas³⁷, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro do que acima restou delimitado, senão veja-se, dentre outros, os recentes julgados:

3. A jurisprudência desta Corte Suprema reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e impessoais. Precedentes. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da ordem para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente. (HC 124230, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2014 PUBLIC 07-11-2014)

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPosição. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la. (HC 114661, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

Assim, a restrição cautelar da liberdade do suspeito/acusado encontra legitimidade constitucional e convencional quando derivar de decisão devidamente motivada, ou seja, quando tiver por base circunstâncias fáticas

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1096.

³⁷ As ressalvas sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal giram em torno da admissibilidade de fundamentos alheios à instrumentalidade cautelar, muitas vezes calcadas em pressupostos de *defesa social* e/ou de direito material, como por exemplo, gravidade concreta do delito, periculosidade social do acusado, etc. Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados: HC 123721; HC 119476; RHC 118011; HC 109577.

correlatas aos motivos jurídicos, extraídos dos autos e não de meras conjecturas.³⁸

1.2.2 Princípio da excepcionalidade

Decorrente das garantias do devido processo legal e da presunção de inocência, a excepcionalidade expressa a ideia de que as medidas cautelares por resultarem em restrição à liberdade (caso de medidas cautelares pessoais) ou em constrição de bens (medidas cautelares reais) do investigado ou acusado, antes do início do processo penal ou em seu curso, ou seja, antes da decisão final, devem ser de *ultima ratio*, haja vista o alto custo que representam na vida do acusado, presumido inocente desde o início da persecução penal.³⁹

Nas palavras de BOVINO “o princípio fundamental que regula toda a instituição da detenção preventiva é o princípio da excepcionalidade. Neste ponto, se tem afirmado que o princípio intenta evitar que a detenção sem sentença seja usada como castigo (...) com base em meras suspeitas ou carecendo de indícios que o acusado está propenso a obstaculizar a marcha da justiça”.⁴⁰

Atenta ao princípio da excepcionalidade da medida cautelar restritiva da liberdade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *López Álvarez vs Honduras*, de 1º/02/2006, invocou sua eficácia ao assentar que: “A prisão preventiva está limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 17.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 209.

⁴⁰ No original: “*El principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva es el principio de excepcionalidad. En este punto, se ha afirmado que el principio intenta “evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo...con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a hui u obstaculizar la marcha de la justicia”*”. In: BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 148.

uma sociedade democrática. Constitui a medida mais severa que se pode impor ao imputado, e por isso deve ser aplicada excepcionalmente. A regra deve ser a liberdade do processado enquanto se resolve acerca da sua responsabilidade penal”⁴¹.

Importante observar que o princípio da excepcionalidade gera obrigações tanto ao poder legislativo quanto ao judiciário, de modo que àquele compete regulamentar medidas substitutivas à custódia cautelar, e à este impõe o dever de aplicar como regra medidas menos lesivas ao *status libertatis* do investigado/processado, deixando a prisão preventiva para as situações de relevante gravidade, sem descurar, obviamente, a necessidade da presença dos pressupostos (*fumus comissi delicti*) e requisitos cautelares (*periculum libertatis*).

O Código de Processo Penal brasileiro, na sua formatação original, previa algumas hipóteses de obrigatoriedade da custódia cautelar que ao longo dos anos foram paulatinamente revogadas⁴².

Curioso notar que foi em pleno regime da ditadura militar que se aboliu a prisão preventiva obrigatória, por meio da Lei 5.349/1967 que alterou o artigo 312 que até então dispunha que “*a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos*”.⁴³

As garantias processuais expressamente previstas na Constituição da República de 1988, como já visto, alterou profundamente o olhar – ao menos

⁴¹ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 37.

⁴² São exemplos diretos e indiretos de prisão cautelar obrigatória as antigas e originárias redações dos artigos 312 que previa a prisão cautelar para os acusados do cometimento do crime cuja pena fosse igual ou superior a 10 (dez) anos; art. 393, inciso I, que estabelecia a prisão como efeito da sentença condenatória recorrível; art. 408, §1º que tratava da prisão decorrente da decisão de pronúncia; art. 594 que impunha o recolhimento do réu à prisão como requisito objetivo de conhecimento do recurso de apelação.

⁴³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 79.

no âmbito formal – acerca da prisão cautelar, enquadrando-a na excepcionalidade.

São paradigmáticas, aliás, as decisões do Supremo Tribunal Federal que à luz da Constituição declarou a inconstitucionalidade ou fez interpretação conforme de dispositivos legais que impunham (in)diretamente a prisão cautelar, seja na via concentrada, a exemplo da ADIN 3.112-1 que declarou a inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.826/2003⁴⁴, seja na via difusa, como por exemplo a decisão do Pleno no Habeas Corpus nº 104.339/SP que declarou inconstitucional parte do artigo 44 da Lei 11.343/06.⁴⁵

Com a reforma dada pela Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal brasileiro passou a conter a excepcionalidade positivada nos artigos 282, §6º e 310, inciso II, que respectivamente dispõem “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”, e, “ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz deverá fundamentadamente: II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Ou seja, na legislação atual a prisão provisória figura como medida de *ultima ratio*, cabendo, pois, somente quando estiverem presentes os pressupostos e requisitos cautelares (art. 312, CPP) e não forem suficientes as medidas cautelares diversas (art. 319, CPP) para salvaguarda do processo de conhecimento e/ou de execução de futura e eventual pena.

Nada obstante, como se verá no terceiro capítulo, embora já tenha passado mais de 25 anos da Constituição e três anos da vigência da lei 12.403/2006, a prisão preventiva continua sendo a medida de maior aplicabilidade no dia-a-dia forense do país. Tanto isso é verdade que segundo

⁴⁴ O artigo 21 do Estatuto do Desarmamento proibia, *ex lege*, a liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 do Estatuto.

⁴⁵ No referido caso, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da expressão “e liberdade provisória” contida no artigo 44 da Lei 11.343/06.

recentes dados do Conselho Nacional de Justiça, aproximadamente 32% da população carcerária brasileira está custodiada a título cautelar⁴⁶.

Neste sentido, as praxes têm duramente demonstrado que o problema em torno da banalização da prisão provisória é muito mais de índole cultural do que legislativo, sendo essa a intrigante questão que o presente trabalho procura compreender.

1.2.3 Princípio da provisionalidade ou situacionalidade

A provisionalidade está atrelada ao fato de que as medidas cautelares, antes de qualquer coisa, são situacionais, pois protegem uma situação fática, de modo que, em desaparecendo tal situação que legitimou a decretação da medida cautelar amparada no *fumus commissi delicti* e no *periculum in mora* (medidas cautelares reais) ou *periculum libertatis* (medidas cautelares pessoais), deve ser cassada a medida cautelar.⁴⁷

Por meio do princípio da provisionalidade, portanto, a medida cautelar só será mantida enquanto as circunstâncias e fundamentos que a ensejaram mantiverem-se hígidas. O desaparecimento dos seus pressupostos impõe sua revogação.

Neste ponto, o Informe 86/2008, com base no caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso vs Uruguay, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é bastante esclarecedor ao determinar que a provisionalidade impõe, para manutenção da prisão, a necessidade de se controlar que todos os pressupostos da prisão preventiva ainda subsistem⁴⁸.

⁴⁶

Relatório

disponível

em:

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

Acessado em: 17/12/2014.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 207.

⁴⁸ Do texto original, colhe-se: 105. Otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva es que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (provisionalidad). (...) 108. El principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar.

A prisão preventiva, nesta perspectiva, será ilegal e arbitrária não somente quando decretada em desconformidade com seus pressupostos e requisitos cautelares, mas também quando se mantiver após o desvanecimento de tais pressupostos.

O artigo 282, §5º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011, consagrou o princípio da provisionalidade, porquanto expressamente prevê que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem”.⁴⁹

Na mesma toada o artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

De igual modo, a atual redação do artigo 387, §1º⁵⁰, do Código de Processo Penal também dá concretude ao princípio da provisionalidade, na medida em que impõe ao Juiz o dever de fundamentar, também sede de sentença penal condenatória, a necessidade da manutenção da prisão provisória com base nos requisitos delimitados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ainda sobre a provisionalidade, há uma questão interessante e pouco trabalhada pela doutrina que se refere à necessidade (ou não) do órgão de segundo grau de jurisdição examinar e deliberar, em sede recursal, acerca da necessidade de manutenção da prisão do acusado que, evidentemente, poderá recorrer para as Cortes Superiores.

Com efeito, levando-se em consideração os significantes da provisionalidade e da jurisdicionalidade, especialmente a partir do que tem

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18-19.

⁵⁰ Art. 378, §1º: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta

sido estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não resta dúvida de que o Tribunal, ainda que em sede recursal, possui o dever de verificar a viabilidade fática e jurídica da manutenção da prisão cautelar do acusado, eis que: (i) ao Juiz/Estado cabe rever periodicamente a necessidade de conservação da medida, (ii) em caso de insubsistência dos pressupostos cautelares, impõe-se a revogação e, (iii) a garantia da presunção de inocência somente pode ser afastada com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

1.2.4 Duração razoável do processo e Princípio da provisoriedade

O princípio da provisoriedade, diferentemente da provisionalidade/situacionalidade, guarda relação com o fator tempo, no sentido de que toda medida cautelar deve ser provisória, de breve duração.

Ora, se as garantias da presunção de inocência e devido processo legal permitem, de modo muito restritivo, a aplicação da prisão cautelar, é evidente a sua precariedade. Ou seja, é marcada desde a sua decretação pela limitação temporal, sob pena de se confundir com a prisão pena, isto é – ao menos deve(ria) – elementar.

Do artigo 5º, LXXVII⁵¹ da Carta Magna e do artigo 8º.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos se infere a exigência de razoabilidade do prazo de duração da medida cautelar seja ela restritiva da liberdade, seja constritiva de bens.⁵²

Com efeito, pelo princípio da provisoriedade a medida cautelar restritiva da liberdade do investigado/acusado que ultrapassar o prazo razoável de duração deverá ser cassada, ainda que persista eventual risco processual ou de execução da pena com a colocação do acusado em liberdade.

⁵¹ Art. 5º, LXXVIII da CR - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 33.

Quer dizer, diferente da provisonalidade/situacionalidade que se refere à (in)subsistência dos pressupostos e requisitos cautelares, o princípio da provisoriedade diz com o prazo que o Estado/Juiz pode manter o acusado preso a título de medida cautelar.

Segundo LOPES JUNIOR “aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão”.⁵³

De fato, diversamente do que se vê em outras legislações (v.g, Portuguesa⁵⁴, Italiana, Argentina e Paraguai⁵⁵), no Brasil não há previsão legal do tempo máximo de duração da prisão preventiva, ficando ao encargo de construção doutrinária e jurisprudencial - que não é nem um pouco objetiva e uniforme, diga-se de passagem - a limitação temporal da custódia cautelar.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu no Informe 35/2007 um critério objetivo de análise da razoabilidade da prisão provisória, consistente em um terço da pena mínima cominada no crime

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

⁵⁴ Dispõe o artigo 215 do Código de Processo penal Português: “1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.^a instância; d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado. (...)”.

⁵⁵ Art. 303 do Código de Processo Penal Italiano assim dispõe: La custodia cautelare perde efficacia quando:

“a) dall'inizio della sua esecuzione sono decorsi i seguenti termini senza che sia stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio o l'ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato ai sensi dell'articolo 438, ovvero senza che sia stata pronunciata la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti: (2)

1) tre mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni;

2) sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni, salvo quanto previsto dal numero 3);

3) un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo a venti anni ovvero per uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), sempre che per lo stesso la legge preveda la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni; (...)”

imputado ao acusado, com a ressalva de que em havendo previsão mais benéfica na legislação interna deve ser esta aplicada em virtude do princípio *pro homine* consagrado no artigo 29.b⁵⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁵⁷

Dessarte, tendo em vista que o tema será desenvolvido com maior verticalidade no tópico referente ao tempo de duração da prisão preventiva, remete-se o leitor para o item 2.6.

1.2.5 Princípio da proporcionalidade⁵⁸

O princípio da proporcionalidade decorre da estruturação do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1, caput, CR/88), cujo pilar é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CR/88).

Também pode ser extraído do devido processo legal substancial⁵⁹, previsto no artigo 5º, inciso LIV, cuja normatividade, como analisado no

⁵⁶ Artigo 29: Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que sejam parte um dos referidos Estados.

⁵⁷ BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Bueno Aires: Del Puerto, 2011, p 68-76.

⁵⁸ Não se desconhece do debate acerca da natureza jurídica da proporcionalidade travada especialmente por Humberto Ávila e Vergílio Afonso da Silva, no sentido de sê-lo princípio, regra ou postulado normativo. Não obstante a isso, optou-se por utilizar a expressão “princípio” na esteira do que tem trabalhado os autores Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Junior, ou seja, compreendido em face da ampliação dos direitos individuais da vida, propriedade e liberdade, não podendo sê-lo invocado contra o sujeito em nome da coletividade, ou das intervenções deficientes. Como ressalta ROSA “No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais”. In: ROSA, Alexandre Morais da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório com exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

⁵⁹ No que se refere à proporcionalidade como derivação do princípio do devido processo legal, ler: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

tópico 1.1, §1º, impõe a contenção da arbitrariedade e excessos estatais a fim de salvaguardar as garantias individuais⁶⁰.

Estritamente em relação às cautelares, o princípio da proporcionalidade orienta o Juiz – ao menos deveria orientar – no momento de aplicação ou não de uma determinada medida cautelar restritiva de liberdade ou constritiva de bens, devendo-se ater neste momento ao preenchimento dos *subprincípios* da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser adotada.

Com efeito, utilizando-se das lições de Vergílio Afonso da Silva⁶¹, pode-se dizer que a (i) medida será adequada se for apta para alcançar o objetivo (legítimo) pretendido, ou, ao menos, fomentar o resultado. Dessa forma, uma medida estatal somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do fim pretendido, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal quando já tenha ela (instrução) transcorrida.

Na mesma linha de raciocínio, (ii) o ato estatal que limita direito fundamental somente será *necessário* caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Neste caso, o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal é um autêntico exemplo, pois expressamente prevê que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Por fim, (iii) a proporcionalidade em sentido estrito consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Transpondo tal conceituação para o processo

⁶⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.37.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798. p. 23-50.

penal, a prisão preventiva, por exemplo, somente seria proporcional se a sanção cominada ao delito supostamente cometido pelo investigado/acusado efetivamente acarretar em pena restritiva de liberdade. É o que, aliás, estabelece o artigo 313, inciso I, II e III do Código de Processo Penal⁶² ao limitar a aplicação da prisão preventiva aos casos nos quais a futura e eventual condenação poderá de fato resultar em pena de prisão.

Para LOPES JUNIOR:

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e da estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.⁶³

Em síntese, no atual sistema cautelar brasileiro, no qual há, para além da positivação do princípio da proporcionalidade em alguns institutos, previsão expressa de medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319, CPP), o Estado/Juiz tem o dever de atuar com muito cuidado na hora de decretar uma medida cautelar restritiva de liberdade, devendo em regra respeitar o *status libertatis* do acusado, corolário da presunção de inocência, socorrendo-se de forma gradual isolada ou cumulativamente às cautelares pessoais, reservando a prisão preventiva aos casos excepcionais, proporcionais aos deletérios efeitos decorrentes do cárcere provisório.

⁶² Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 26.

2. MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

A legislação processual penal pátria prevê três modalidades de medida cautelar pessoal, a saber: (i) prisão preventiva (art. 312, CPP), (ii) prisão temporária (Lei 7.960/89) e (iii) medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP).

O objeto do presente trabalho restringe-se ao exame da prisão preventiva, cujas indagações a serem compreendidas são as seguintes: a) Qual orientação dogmática crítica acerca da prisão preventiva? b) Os dados empíricos correspondem a tal orientação? c) É possível concluir que há no Brasil uma banalização no uso da prisão preventiva? d) Quais explicações teóricas podem ser lançadas sobre o tema?

São essas as indagações que o trabalho pretende responder nos capítulos subsequentes.

2.1 Prisão Preventiva

2.1.1 Breve histórico

A história da detenção cautelar, na esteira do que leciona FERRAJOLI, guarda uma relação direta com o reconhecimento ou não, ao longo dos tempos, do princípio da presunção de inocência:

(...) na medida e nos limites em que a primeira (presunção de inocência) foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo (prisão preventiva). Desse modo ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo,

concomitantemente à reafirmação do princípio “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” e à redescoberta do processo acusatório⁶⁴.

Ainda, demonstra FERRAJOLI que a prisão processual foi justificada por todo o pensamento liberal clássico. E mais: foi no próprio seio do iluminismo que surgiu, por assim dizer, a justificativa teórica da prisão provisória fundada não na instrumentalidade processual, mas também como instrumento de prevenção e defesa social, “motivadas pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes”⁶⁵.

Se no iluminismo oitocentista houve uma abertura teórica para utilização da custódia cautelar com finalidade de prevenção geral, foi no regime fascista, no qual a presunção de inocência é formalmente colocada em cheque, que a prisão cautelar passa ser legitimada, sem qualquer eufemismo, a título de Defesa Social, de indispensável aplicabilidade aos delitos graves e/ou que tenham causado grave clamor social⁶⁶.

Nesse diapasão explica FERRAJOLI, em exame dos acontecimentos na Itália, que:

Assim, enquanto o Código de Processo Penal de 1865 previa como regra o caráter facultativo do mandado de prisão, e o Código de 1913 introduzia, além disso, o desencarceramento por decurso dos prazos máximos, o Código Rocco alargou enormemente as hipóteses de prisão obrigatória e automática, suprimiu os prazos máximos e com isso o instituto do desencarceramento por decurso de prazo, e condicionou tanto a emissão como a suspensão do mandado facultativo de prisão à avaliação das qualidades morais e sociais da pessoa.⁶⁷

No Brasil, como já mencionado no tópico 1.2.2, a versão original do Código de Processo Penal de 1941 previa a hipótese de prisão preventiva obrigatória aos suspeitos da prática de crime cuja pena fosse igual ou superior

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 508.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 509.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 509.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 510.

a 10 (dez) anos de reclusão e vários outros institutos que indiretamente tornava a custódia preventiva obrigatória e que, paulatinamente, foram expurgadas da legislação processual pátria.

Todavia, para além de um historicismo legal, típico da escola positivista, que trabalha o fenómeno histórico numa metodologia evolucionista e linear, impõe-se verificar que a complexidade historiográfica, permeada de continuidades e rupturas, apontam para um outro olhar, muito mais sutil e complexo.

Dito de outro modo, para a compreensão do fenómeno jurídico não é suficiente examinar a “evolução” legislativa, até porque, basta confrontar os dados da realidade para se constatar que as alterações legislativas ocorridas no processo penal na última década - em especial a modificação no regime das cautelares dada pela Lei 12.403/2011 - em nada mudaram o funcionamento do sistema de justiça criminal⁶⁸.

As mudanças na esfera da justiça criminal sofrem, pode-se dizer, direta intervenção das alterações políticas, de modo que não há como se analisar, por exemplo, a prisão preventiva no Brasil sem se levar em consideração o peso das decisões políticas sobre a forma de transição do regime ditatorial para a democracia e o impacto neoliberal dos anos 90⁶⁹.

Com efeito, como se pode perceber pelo que já foi exposto no capítulo 1 e, sobretudo, pela análise empírica realizada no capítulo 3, é possível inferir que os discursos jurídicos cambiaram para um viés democrático garantista, quiçá, inclusive, por força da pressão internacional oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém as práticas processuais penais

⁶⁸ PRADO, Geraldo. **El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución:** transformaciones, permanências. Disponível em: http://www.academia.edu/9662625/El_proceso_penal_brasile%C3%B1o_veinticinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_de_la_Constituci%C3%B3n_transformaciones_permanencias. Acesso em: 10/12/2014.

⁶⁹ PRADO, Geraldo. **El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución:** transformaciones, permanências. Disponível em: http://www.academia.edu/9662625/El_proceso_penal_brasile%C3%B1o_veinticinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_de_la_Constituci%C3%B3n_transformaciones_permanencias. Acesso em: 10/12/2014.

permanecem sendo as mesmas praticadas nos sombrios tempos dos regimes autoritários.

2.1.2 Conceito e função: prisão preventiva enquanto instrumento do instrumento (processo).

A prisão preventiva é uma medida cautelar pessoal, decretada judicialmente, que recai sobre a liberdade de locomoção do investigado ou acusado, cujo escopo é garantir o regular desenvolvimento do processo de conhecimento e/ou assegurar futura execução penal.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende-se por “prisão ou detenção preventiva: todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior a uma sentença definitiva”.⁷⁰

Como visto no capítulo anterior, a principiologia aplicada às medidas cautelares, enquadra a prisão preventiva no status de *excepcional* e de *ultima ratio*, cabendo, pois, nas situações em que não forem suficientes outras medidas menos gravosas ao direito de ir e vir do cidadão submetido à perseguição penal.

Por ser medida cautelar, a prisão preventiva é *instrumental* ao processo principal⁷¹, ou seja, não é um fim em si mesma, senão que está

⁷⁰ No original: “La Comisión Interamericana entiende por “*prisión o detención preventiva: todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme*”. In: **Informe sobre el uso de la prisión preventiva las Américas – ano de 2013**. Disponível em: <file:///C:/Users/joao/Dropbox/Mestrado%20UFPR/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20levantamento%20bibliogr%C3%A1fico/Informe%20sobre%20o%20uso%20da%20pris%C3%A3o%20preventiva%20nas%20Am%C3%A9ricas%20-%20OEA%20-%20CIDH.pdf>. Acesso em: 19-12-2014.

⁷¹ Sobre a instrumentalidade da medida cautelar explica CALAMANDREI “A tutela cautelar é, em relação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais que fazer justiça contribui a garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todas as providências jurisdicionais são instrumentais ao direito substancial que se exerce através dela, nas providências cautelares se encontram uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; (...) isto é, são, relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumento*

diretamente voltada a assegurar o normal desenvolvimento do processo penal e futura execução da sentença condenatória dele decorrente.

Desse modo, vislumbra-se que a providência cautelar penal é *instrumental* ao processo principal, cuja complexa função se destina ao acerto do caso penal⁷².

Dentro desse cenário, normalmente se admite como constitucional e convencional a prisão cautelar decretada com base em dois perigos processuais: (i) risco de fuga e (ii) impedimento da investigação ou do processo de conhecimento.⁷³

Nada obstante, é comum constatar nos códigos de processuais penais dispositivos que deformam a legitimidade constitucional da prisão preventiva.

Sobre o tema, BINDER fornece alguns exemplos de normas que desvirtuam a legitimidade da custódia cautelar, a saber: (i) estabelecimento de determinados delitos como encarceráveis, isto é, determinar uma presunção absoluta de que alguns crimes graves não são passíveis de liberdade provisória; (ii) possibilidade de prisão preventiva que vão além das hipóteses cautelares, v.g, finalidade de amparar a comoção social, garantir a ordem, etc; (iii) fórmulas para justificar a custódia cautelar sob o intuito de evitar futuras ações criminosas ou neutralizar a periculosidade do suspenso/acusado, o que, em última análise faz da prisão preventiva uma autêntica medida de segurança.⁷⁴

De fato, é o que parece acontecer com o sistema processual penal brasileiro, no qual ao lado dos requisitos essencialmente cautelares

do instrumento. In: CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Lima: Ara Editores, 2005, p. 45.

⁷² Na esteira do que leciona COUTINHO, entende-se por acerto do caso penal a resolução da dúvida, sobre a imposição ou não da pena, oriunda do fenômeno, em tese, caracterizador do tipo de injusto. Para investigação aprofundada acerca do conteúdo do processo penal, ler: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989

⁷³ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Trad. Por Fernando Zani e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 150.

⁷⁴ BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Trad. Por Fernando Zani e Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 151.

(conveniência da instrução criminal e assegurar aplicação da lei penal) existem outros (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica) que nada guardam relação com a *instrumentalidade cautelar*.

2.1.3 Legitimidade para requerê-la e competência para decretá-la: prisão preventiva e imparcialidade do juiz.

Diante do princípio da jurisdiicionalidade, a prisão preventiva, por elementar, somente pode ser decretada por juiz competente para processar e julgar o crime imputado ao investigado/acusado.

A atual redação do artigo 311 do Código de Processo Penal dispõe que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Com efeito, no que concerne à legitimidade para requerer a custódia cautelar não há maiores reflexões a serem realizadas, exceto no que diz com a possibilidade (inconstitucional) de o juiz poder decretá-la de ofício.

Como é cediço, ao permitir que o Juiz decrete de ofício a prisão preventiva do investigado/acusado se possibilita o deslocamento da sua função de terceiro imparcial, alheio aos interesses das partes que estão em jogo, para função de juiz-ator, comprometendo, com isso, o sistema acusatório de processo penal, preconizado pelo artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

Mais do que isso, a possibilidade de decretação da custódia cautelar pelo Juiz, *ex officio*, inviabiliza a função primordial do Juiz/Estado a ser desempenhada no processo penal democrático, a saber, garante dos direitos individuais do imputado, sobretudo da liberdade de ir e vir.⁷⁵

⁷⁵ BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 26.

Isto porque, impossível conceber, até mesmo pela nítida contraditoriedade, que o Juiz que decreta de ofício uma medida tão gravosa como é, por essência, a prisão preventiva estará com a isenção necessária exigida pelo princípio da imparcialidade na condução da investigação – na qual ocuparia a posição de garante – e do processo de conhecimento.

No Brasil, o problema se acentua ainda mais pelo fato de que a prevenção, em vez de ser causa de exclusão, é critério fixador de competência. Ou seja, o Juiz que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva e, portanto, decide que naquele determinado caso concreto há forte probabilidade da ocorrência de um injusto penal e que o suspeito é o seu possível autor, será o mesmo que conduzirá o processo de conhecimento e ao final sentenciará o caso.

Curioso, pois, é o fato de que no processo civil, onde estão em jogo, regra geral, bens disponíveis, sequer se cogita da possibilidade de o Juiz, por conta própria, decretar uma medida cautelar, ao passo que no processo penal, cujo bem jurídico em cena é a liberdade de locomoção, além de estar prevista no Código é defendida majoritariamente pela doutrina.⁷⁶

Aliás, aqui vale abrir um parêntese para externar que não raramente a aplicação analógica dos institutos do processo civil ao processo penal realizadas pela jurisprudência das Cortes Superiores no Brasil serve para restringir direito de defesa do imputado.⁷⁷

Fechado o parêntese e voltando ao tema, pode-se concluir que a previsão contida no artigo 311 do Código de Processo Penal, consistente na possibilidade de decretação da prisão preventiva pelo juiz, *ex officio*, no curso

⁷⁶ Dentre os autores que defendem a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão preventiva, conferir: TOURINHO FILHO; EUGENIO PACELLI OLIVEIRA.

⁷⁷ Exemplo claro de tal fenômeno é o fato de que enquanto a jurisprudência exige a presença dos critérios do processo civil para aplicação do princípio da fungibilidade que, diga-se de passagem, vão além dos requisitos previstos no artigo 579 do CPP; no que concerne ao prazo para interposição do Agravo contra decisão que denega o recurso extraordinário, o STF concluiu que não se aplica no processo penal o prazo de 10 (dez) dias, embora a lei 12.322/2010 tenha alterado a sistemática sem restringir a aplicabilidade ao processo civil.

do processo criminal colide com o princípio da imparcialidade da jurisdição, segundo o qual o Juiz/Estado deve ocupar a posição de terceiro alheio aos interesses da acusação e da defesa, constitucionalmente atribuídas à personagens distintas.

2.1.4 Pressupostos probatórios e cautelares: *fumus commissi delicti e periculum libertatis*

A doutrina nacional, por muito tempo embevecida pela teoria geral do processo,⁷⁸ tratou o processo penal com base nas categorias desenvolvidas no âmbito do e para o processual civil.

Como até o presente momento não houve uma ruptura⁷⁹ efetiva com a teoria unitária do processo (civil), há no cenário nacional quem sustente que os requisitos exigidos para decretação da medida cautelar penal são os mesmos da tutela cautelar civil, quais sejam, (i) *fumus boni iuris*, consistente na plausibilidade jurídica do direito alegado pela parte requerente, e, (ii) *periculum in mora*, caracterizado, em síntese, pela provável ineficácia do provimento jurisdicional final em razão da morosidade processual.

Por outro lado, em atenção às categorias próprias do processo penal e com inspiração na doutrina estrangeira, sobretudo espanhola⁸⁰, LOPES

⁷⁸ Por todos, confira-se a obra de Frederico Marques que, inspirado pelas lições de Enrico Tullio Liebman, especialmente no período em que este lecionou na Universidade de São Francisco, desenvolveu a teoria do direito processual penal com os pés fincados na chamada teoria geral do processo.

⁷⁹ Como alerta Geraldo PRADO, com esteio em Hassemer, “a ruptura paradigmática de fato é algo raro no campo jurídico (...). De maneira geral, as ciências superam seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação do que pela via do esquecimento”. In: PRADO, Geraldo. **El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución**: transformaciones, permanencias. Disponível em: http://www.academia.edu/9662625/El_proceso_penal_brasile%C3%B1o_veinticinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_de_la_Constituci%C3%B3n_transformaciones_permanencias. Acesso em: 23/12/2014.

⁸⁰ Neste ponto, confira-se a obra de Julio Banacloche PALAO, denominada “La libertad personal y SUS limitaciones”, na qual aponta que em 1966 fora utilizada a expressão *fumus delicti tributi*, ou seja, indícios de atribuição de um delito como requisito da medida cautelar pessoal. In: PALAO, Julio Banacloche. **La libertad personal y sus limitaciones**. Detenciones y retenciones em el derecho español. Madri: McGraw-Hill, 1996.

JUNIOR tem apontado o equívoco jurídico e semântico que até então a doutrina pátria incorria ao transpor para o processo penal os mesmos ensinamentos desenvolvidos e pensados para o processo civil.

Nesse diapasão, sustenta o autor que “no processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade da existência de um direito da acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível”, de modo que para a decretação da prisão cautelar, exige-se o *fumus comissi delicti*, “enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e, não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.⁸¹

Em seguida, expõe o mencionado autor que a doutrina tradicional também erra ao considerar o *periculum in mora* como requisito da tutela cautelar penal. Para LOPES JUNIOR o equívoco consiste basicamente em dois pontos, (i) o *periculum* não é requisito das cautelares, mas seu fundamento, e, (ii) seguindo o conceito de CALAMANDREI, o *periculum in mora* é o risco decorrente do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que seja prolatada uma sentença definitiva.⁸²

Com efeito, é de se notar que tal conceito se ajusta às medidas cautelares reais (seqüestro, arresto e hipoteca), uma vez que a demora na prestação jurisdicional é o que da margem à dilapidação do patrimônio do acusado.⁸³

Destarte, em sede de medidas cautelares pessoais é tecnicamente equivocado falar em *periculum in mora*, haja vista que o risco de obstrução do desenvolvimento do processo penal que se objetiva proteger decorre da situação de liberdade do réu, motivo pelo qual se deve falar em *periculum*

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica do Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 200.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica do Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 202.

⁸³ DOMENICO, Carla. O seqüestro e o arresto de bens como medidas assecuratórias nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 75, p. 130-145, nov./dez. 2008, p. 135.

libertatis, enquanto perigo ao processo decorrente do *status libertatis* do investigado/acusado.

Note-se que nas duas espécies de medida cautelar (pessoais ou reais) do processo penal, o fundamento para a sua decretação, respectivamente *periculum libertatis* e *periculum in mora* devem ser concretamente verificáveis no caso penal, eis que qualquer presunção em face do réu importa em antecipação da pena e conseqüentemente violação ao princípio da presunção de inocência.

Ademais, deve-se observar que o requisito do *fumus commissi delicti* “exige a existência, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como responsável um sujeito concreto⁸⁴”.

Assim, verifica-se que o *fumus delicti* é estruturado mediante um juízo de probabilidade sobre a ocorrência do delito, devendo o magistrado ao decretar uma medida cautelar, apontar, ainda que de forma não exauriente, a aparente tipicidade da conduta do autor que sofrerá a medida excepcional.

Sobre o tema, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dispôs no informe 35/07 que para que a prisão preventiva seja legítima devem existir sérios elementos de provas que vinculem o imputado ao fato investigado.⁸⁵

Na mesma linha de raciocínio a Comissão Interamericana de Direitos Humanos assentou, no que diz respeito ao *periculum libertatis*, que o risco ou perigo processual devem estar fundados em circunstancias objetivas, de modo

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica do Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 202.

⁸⁵ BOVINO, ALBERTO e BIBLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 22.

que a mera alegação sem consideração do caso concreto não satisfaz o requisito.⁸⁶

Dessa feita, superado o ponto atinente aos pressupostos probatórios e cautelares, passa-se à análise dos requisitos cautelares previstos no código de processo penal brasileiro, mais especificamente no artigo 312 do mencionado diploma legal.

2.1.4 Fundamentos “cautelares”⁸⁷ previstos na legislação processual brasileira

2.1.4.1 Garantia da Ordem Pública

O requisito da garantia da ordem publica está previsto na legislação processual brasileira, como fundamento para decretação da prisão preventiva, desde a formulação original do Código de Processo Penal de 1941.

Para TORNAGUI nessa hipótese “a prisão preventiva é medida de segurança processual, tomada nos casos em que o réu ameaça consumir o crime apenas tentado ou cometa outros⁸⁸”.

A despeito da tentativa do mencionado e importante processualista em dar ao requisito da garantia da ordem pública uma finalidade processual, de plano se vê que tal fundamento não guarda, nem de longe, qualquer característica cautelar.

Ao revés, a prisão para garantia da ordem pública, embora decretada sob a rubrica de prisão processual, a rigor tutela finalidade substancial,

⁸⁶ BOVINO, ALBERTO e BIBLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estandares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 23.

⁸⁷ Entre aspas, pois como se demonstrará no tópico os requisitos da garantia da ordem pública e garantia de ordem econômica não guardam nenhuma correspondência com a instrumentalidade-cautelar.

⁸⁸ TORNAGUI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 336.

material, absolutamente incompatível com os princípios consagrados na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

De mais a mais, insta destacar que o conceito de *ordem pública*, enunciado no art. 312 do CPP, é absolutamente vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico⁸⁹.

Observa Maria Ignez Lanzellotti Baldez KATO, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública fere o princípio da legalidade, em razão do conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo: “é exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade de exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e legais⁹⁰”.

Segundo Karl ENGISCH, podem ser distinguidos nos conceitos jurídicos indeterminados: um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual e “sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo conceitual⁹¹”.

O problema reside justamente na impropriedade do *núcleo* conceitual de ordem pública, de todo indefinido. Resta evidente que, nos moldes em que a doutrina processual penal brasileira de viés conservador tem identificado o conceito de ordem pública a embasar a decretação da prisão preventiva é extremamente carente um referencial semântico aceitável constitucionalmente. Adota-se, no *núcleo* conceitual de ordem pública, o tripé: a) periculosidade do agente; b) gravidade do delito; c) repercussão social do delito (clamor público)⁹².

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 738.

⁹⁰ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

⁹¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 209.

⁹² A propósito dessa doutrina autoritária: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, p. 391; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, p. 265; BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, p. 382; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, pp. 585-586, entre outros.

O argumento da periculosidade do agente está ligado à possibilidade da consumação de novos delitos pelo suspeito/acusado: a prisão preventiva, desse modo, seria destinada a obstaculizar que o imputado *voltasse a delinquir* no curso das investigações preliminares ou no curso da marcha processual, visando, ademais, “resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica posta em cheque pela conduta criminosa (...)”⁹³.

Com uma leitura peculiar e, porque não dizer, não muito atenta para o conteúdo do princípio constitucional da presunção de inocência, afirma Fernando CAPEZ que “os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese”⁹⁴.

Tal afirmação desconsidera, de forma absoluta, o caráter cautelar-instrumental da prisão preventiva em relação ao processo penal de conhecimento, já que nessa hipótese a prisão possuiria um fim em si mesma, além do fato de se basear em institutos antidemocráticos e inconstitucionais, como maus antecedentes e reincidência.⁹⁵

Como explica SILVEIRA FILHO “quando se prende provisoriamente alguém diante do argumento da reiteração de delitos e do risco de novas práticas para garantir a ordem pública, está se atendendo a uma função de polícia do Estado e não ao processo penal de conhecimento, ou seja, divorcia-se a prisão preventiva de seu inseparável caráter cautelar-instrumental.”⁹⁶

⁹³ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti (org). **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.247-270.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, p. 265.

⁹⁵ Uma crítica contundente aos *maus antecedentes* e à *reincidência* pode ser encontrada em: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, pp. 148-152; ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**, pp. 346-348 e 354-355.

⁹⁶ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti (org). **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.247-270.

Com isso, “as *regras do jogo* são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente ‘bons’, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e acusados, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do *Outro*. O *princípio da legalidade* é desterrado e as concepções *criminológicas* e infracionais arraigadas no *inconsciente* do um-julgador afloram”.⁹⁷

Ademais, a fundamentação no “perigo de reiteração” é diagnóstico impossível de ser feito, porquanto, parafraseando ZAFFARONI, até o momento não foi criado um “periculosômetro”. A par disso, fere o princípio da refutabilidade das hipóteses, pois não há como a defesa se desincumbir do ônus de refutar um prognóstico.

Explica Roberto DEMANTO JUNIOR que não resta dúvidas de que a decretação da prisão preventiva como fundamento no perigo de reiteração delitiva fundamenta-se, acima de tudo, numa *dupla presunção*: “a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado”⁹⁸.

O Projeto de Lei 4208 de 2001 que resultou na Lei 12.403/2011 na sua versão original apresentava um notável avanço, pois não continha o requisito da ordem da pública, infelizmente inserido ao longo do processo legislativo.

Mesmo assim, ainda que de uma forma não tão progressista, a reforma operada pela Lei 12.403/2011 acabou por limitar as hipóteses passíveis de aplicação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Isto porque, o artigo 282, inciso I, ao elencar os casos de necessidade e, portanto, viabilidade da medida cautelar, preconiza que as cautelares somente serão decretadas por “necessidade para aplicação da lei penal, para

⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**, pp. 88-89; ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**, pp 271-272.

⁹⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 179.

investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, **para evitar a prática de infrações penais**”.

Dessarte, a interpretação sistemática dos artigos 312 e 282 do Código de Processo Penal indica que a única hipótese legítima de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é aquela lastreada na prevenção da reiteração delitiva, pois as circunstâncias atinentes à aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal possuem previsão específica no artigo 312.⁹⁹

O Supremo Tribunal Federal, de certa forma, vem firmando orientação jurisprudencial a respeito do tema, por meio da qual tem legitimado a decretação da custódia cautelar com base na garantia da ordem pública, desde que amparada concretamente na (i) periculosidade do agente verificada pelo *modus operandi* do tipo de injusto imputado ao acusado¹⁰⁰ e (ii) risco de reiteração delitiva¹⁰¹

Não obstante a isso, não há como negar que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública tem sido preferencialmente adotada no dia-a-dia forense, muitas vezes em desconformidade com a orientação – por si só complicada - do Supremo Tribunal Federal, especialmente para os acusados da prática de determinados crimes (tráfico de drogas, roubo, furto qualificado), conforme se pode verificar dos dados colhidos nas Varas Criminais de Curitiba, explorados no capítulo 3 do presente trabalho.

Por fim, cabe salientar que a previsão de fundamentos não cautelares-instrumentais na legislação processual penal não é “privilégio” do Brasil, pois há previsão de tal jaez também em outros países, dos quais são exemplos, para

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 740.

¹⁰⁰ HC 124749, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

¹⁰¹ HC 118918 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014.

ficar na América Latina, Chile¹⁰², Colômbia¹⁰³, Costa Rica¹⁰⁴, Nicarágua¹⁰⁵, dentre outros¹⁰⁶.

¹⁰² O artigo 140 do Código de Processo Penal chileno possibilita a decretação da prisão preventiva para segurança da sociedade ou do ofendido. Nos exatos termos do CPP chileno:

Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: (...) b) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva ES indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> Acesso em: 28/12/2014.

¹⁰³ O artigo 308 do Código de Processo Penal colombiano permite a aplicação da prisão preventiva para segurança da sociedade ou da vítima, senão confira-se: Artículo 308. *Requisitos*. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. **Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.** 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Disponível em: http://www.oas.org/JURIDICO/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html. Acesso em: 28/12/2014.

¹⁰⁴ O artigo 239 do Código de Processo Penal da Costa Rica prevê a hipótese de decretação da prisão preventiva para evitar que o acusado continue na atividade delitiva, nos seguintes termos: (...) El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); **o continuará la actividad delictiva.** Disponível em: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoprocesalpenal.pdf>. Acesso em: 28/12/2014.

¹⁰⁵ O artigo 173, nº 3, c, do Código de Processo Penal da República de Nicarágua prevê a hipótese de prisão preventiva para evitar o cometimento de novos delitos ou continuidade delitiva: Art. 173. Procedencia. El juez, a solicitud de parte acusadora, podrá decretar la prisión preventiva, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 3. Presunción razonable, por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones: c) Cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que éste cometa graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma clase de aquel por el que se proceda, **o de que el imputado continuará la actividad delictiva.** Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cpp.pdf. Acesso em: 28/12/2014.

¹⁰⁶ Sobre a prisão preventiva na América Latina, veja-se: **Prisión preventiva em América latina: enfoques para profundizar el debate.** Disponível em:

2.4.1.2 Garantia da Ordem Econômica

Tal fundamento para decretação da prisão preventiva foi inserido no artigo 312 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 8.884/94 (Lei Antitruste) e estaria embasado na prática de crimes que poderiam perturbar a ordem econômica.

Dessa modo, há estreita relação desse fundamento com o Direito Penal Econômico, englobando os seguintes delitos: a) crimes contra a ordem econômica (Lei n.º 8.137/90 e Lei n.º 8.176/91); b) crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n.º 7.492/86); c) crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521/52); d) crimes contra as relações de consumo (Lei n.º 8.078/90); e) crimes contra o sigilo das operações de instituições financeiras (art. 10, da Lei Complementar n.º 105/2001); f) delitos de lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/98); g) crimes contra o sistema previdenciário (arts. 168-A e 337-A, do CP).

Sobre o tema, destaca Aury LOPES JR que esse fundamento da prisão preventiva “é resultado da influência neoliberal e seria risível se não fosse realidade. Num país como o nosso, ter uma prisão preventiva para tutelar o capitalismo especulativo envergonha o processo penal”.¹⁰⁷

Do mesmo modo que a prisão preventiva como fundamento na garantia da ordem pública, o fundamento na garantia da ordem econômica não é cautelar, pois não serve ao processo (penal) de conhecimento.

Nessa quadratura, impõe-se observar que se o escopo é a perseguição da especulação financeira e as transações fraudulentas daí decorrentes, o melhor caminho seria direito administrativo sancionador e não a intervenção penal.

<http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/librovirtualprisionpreventivaenamericalatina/index.html>.

¹⁰⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 218.

Assim como o fundamento da garantia da ordem pública, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica não guarda qualquer relação com o processo de conhecimento, ou seja, não possui a finalidade instrumental típica dos provimentos cautelares. Ao revés, cuida-se de medida satisfativa que indevidamente antecipa os efeitos do processo penal de conhecimento “determinando o encarceramento de quem, por força da Constituição Federal, é inocente até que a sentença condenatória passe em julgado”¹⁰⁸

No mesmo sentido, adverte Roberto DELMANTO JUNIOR “ser *indisfarçável* que, *nesses termos*, a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento *do processo e da eficácia* de seu resultado – ínsito a toda e qualquer *medida cautelar*, servindo de *inaceitável instrumento de justiça sumária*”.¹⁰⁹

2.1.4.3 Para conveniência da instrução processual

A prisão preventiva como fundamento na conveniência da instrução criminal objetiva a incolumidade da instrução processual, buscando manter a integridade probatória.

Esse requisito, portanto está diretamente ligado ao processo de conhecimento, no qual se fará a (re)construção do fato pretérito objeto do caso penal.

A finalidade da prisão, determinada com base neste fundamento, “seria meramente cautelar e não punitivo, desde a premissa de que, sendo a higidez das provas um pressuposto para o justo *acertamento do caso penal*

¹⁰⁸ DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, vol 2I, p. 188.

¹⁰⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 183.

pelo juiz, sua proteção interessaria a todos e prevaleceria inclusive sobre o direito à liberdade do réu, caso este estivesse a ameaçá-la concretamente¹¹⁰”.

Como já externado, a segregação cautelar do acusado com objetivo de impedir qualquer influência na colheita do material probatório deve ser amparada, por elementar, em dados concretos.

Dito de outro modo, ao acusador requerente da medida incumbe o ônus de demonstrar, por fatos provados que, solto, o acusado embaçará a instrução processual (ameaçando vítimas, testemunhas, destruindo evidências materiais, subornando peritos, etc.)

Daí porque, consoante doutrina crítica¹¹¹ o fundamento da conveniência da instrução criminal possui verdadeiramente o caráter cautelar-instrumental das prisões provisórias.

De acordo com Miguel Tedesco WEDY, “A prisão em virtude da ameaça à instrução processual, portanto, tem especial relevância, pois visa assegurar que o magistrado chegue ao seu *decisum* apurando uma prova idônea, legalmente carregada aos autos, sem vícios”.¹¹²

Com efeito, esse requisito, consoante já explorado no tópico 1.2, não pode ser utilizado para fins de forçar o acusado a contribuir com investigação estatal, sob pena de se ferir o princípio da não auto-incriminação¹¹³.

¹¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Curitiba, 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito. Universidade Federal do Paraná .p.93

¹¹¹ Nesse sentido, confira-se: LOPES JUNIOR, CÂMARA, PAULO RANGEL, BADARÓ, ETC.

¹¹² WEDY, Miguel Tedesco. **Teroria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

¹¹³ Tais advertências, todavia, parecem não encontrar respaldo na praxe forense brasileira, na qual não raro se utiliza do expediente da prisão cautelar para fins de forçar o acusado a cooperar com as investigações, seja por meio de confissão, seja através da delação premiada. Nesse sentido, veja-se as recentes notícias acerca da badalada Operação Lava Jato, na qual o Sr. Procurador da República, Manoel Pastana, abertamente expressou a importância da prisão preventiva “de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”. Sobre esse ponto, veja-se as seguintes matérias publicadas no site Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>; <http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>.

Contudo, como ressalta GIAMBERARDINO “crer nesta possibilidade, entretanto, é operar no marco da filosofia da consciência e ignorar que as palavras giram, jamais se tendo *todo o fato* nas mãos. A linguagem fará a volta que for necessária para legitimar a medida politicamente desejada(...)”¹¹⁴.

Não é por outra razão que não raramente são decretadas prisões preventivas para *conveniência da instrução criminal*, com base em possível e abstrata intervenção do acusado na colheita probatória.

Nesse ponto, vale destacar o exemplo do Código de Processo Penal do Paraguai que dispõe no artigo 241 que “para decidir sobre o perigo de obstaculização para averiguar a verdade se levará em conta, especialmente, a grave suspeita de que o imputado: influirá para que co-réus, testemunhas ou peritos informem falsamente ou se comportem de maneira desleal ou reticente, ou induzirá outros a realizar tais comportamentos”.

Todo o esforço de limitação do poder repressivo, por elementar, é válido, entretanto, como assenta GIAMBERARDINO “a exigência de que o juízo venha fundado em evidências concretas é de improvável sucesso, por sua própria natureza. É de fato difícil se obter uma evidência concreta de que o réu danificará provas ou ameaçará testemunhas antes de algo já ter acontecido”¹¹⁵.

Essa constatação acaba por, em vez de limitar as hipóteses de aplicação da medida com base em tal fundamento, ampliando a sua adoção de forma indiscriminada, vez que ignorados os limites e seu caráter de regra restritiva de direito fundamental.

Nada obstante a isso, e a título de redução de danos, faz-se necessária a exigência de demonstração concreta dos riscos que o acusado, solto,

¹¹⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Curitiba, 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito. Universidade Federal do Paraná .p.86.

¹¹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Curitiba, 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito. Universidade Federal do Paraná .p.87.

apresenta para a instrução do processo (de conhecimento) para se aferir a legitimidade da medida.

2.1.4.4 Para assegurar a aplicabilidade da Lei Penal

A prisão preventiva decretada com fundamento em assegurar a aplicação da lei penal está relacionada à efetividade do provimento final no processo penal; por isso, também dotada do necessário caráter cautelar-instrumental da medida.

Sob esse aspecto, o magistrado deverá demonstrar, através de dados concretos, possibilidade de fuga por parte do imputado, ou seja, deve apresentar um fato claro e determinado que justifique o receio de evasão do acusado.

Em razão da presunção de inocência é inconcebível qualquer presunção de fuga por parte do investigado/acusado para imposição da medida cautelar restritiva da liberdade.

Ao contrário de outras legislações – dentre tantas a do Paraguai¹¹⁶ e da Costa Rica¹¹⁷ - o ordenamento jurídico brasileiro não especifica quais situações

¹¹⁶ Assim dispõe o artigo 243 do Código de Processo Penal paraguaio:

Art. 243. PELIGRO DE FUGA. Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: 1) la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2) la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento; 3) la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él; y, 4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cpp.pdf. Acesso em: 28/12/2014.

¹¹⁷ ARTÍCULO 240.- Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga; b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso; c) La magnitud del daño causado. d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en outro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Disponível em: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoprocetalpenal.pdf>. Acesso em: 28/12/2014.

ensejariam a decretação da prisão preventiva com base no risco de fuga, ficando, portanto, à discricionariedade do Juiz a sua aplicação.

Na doutrina, porém, é possível extrair algumas situações em que não seriam passíveis de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal: (i) simples fato de o acusado morar perto da fronteira ou de dispor de fácil mobilidade no território nacional ou até mesmo internacional¹¹⁸; (ii) o fato de o acusado da prática de infrações convencionais não possuir endereço certo ou que, sendo abastado, poderá fugir¹¹⁹; (iii) o simples fato de viajar a trabalho, ter casa ou família em outro país, ou em cidade ou estado diverso da comarca onde tramita o processo¹²⁰.

Dessarte, o que de forma geral leciona a doutrina acima citada é que a prisão preventiva com base no risco de fuga do acusado e, portanto, na provável ineficácia da sentença penal condenatória, somente será legítima se for decretada com esteio em dados concretos e objetos, oriundos dos autos da investigação ou do processo penal, que demonstrem que o investigado ou acusado frutará a aplicação da lei penal.

Dito de outro modo, não se admite como idôneas a ensejar a drástica decretação da prisão cautelar, meras ilações abstratas a respeito do possível e eventual risco de ineficácia do provimento jurisdicional final¹²¹.

Isto porque, como já examinado no tópico 1.2, o princípio da presunção de inocência impõe ao Estado um *dever de tratamento*, por meio do qual se impõe também a presunção de que o acusado responderá adequadamente aos chamamentos estatais.

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 743. [Na obra o autor cita precedente do Supremo Tribunal Federal que ampara tal posicionamento, qual seja, HC 71.289/RS].

¹¹⁹ CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 137.

¹²⁰ PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva e liberdade provisória**. A reforma da lei nº 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

¹²¹ Nesse sentido, veja-se os recentes julgados do STF: HC 122.572; RHC 119.377 e HC 118.171.

De mais a mais, vale lembrar as ressalvas feitas por FERRAJOLI em torno do risco de fuga, segundo as quais tal fundamento da prisão cautelar deve ser examinado com cuidado, isto porque (i) numa sociedade de permanente vigilância e controle como a atual é pouco provável que alguém consiga fugir definitivamente, (ii) a fuga do acusado já o coloca numa situação de clandestinidade e constante insegurança, o que, por si só configura numa pena grave, e, (iii) ainda que em determinado caso concreto não ficasse rastros do acusado, a fuga atingiria indiretamente o efeito de prevenção especial da pena, consistente na neutralização do apenado.

Por último, mas não menos importante, há que se destacar que após a mutação do regime das cautelares para o sistema polimorfo, o que se sucedeu com a Lei 12.403/2011, a prisão preventiva, como medida de *ultima ratio*, ainda que se esteja diante de uma situação concreta de risco de fuga, só deverá ser aplicada se nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 e 320 CPP) não for suficiente, isolada ou cumulativamente, para assegurar o fim almejado (aplicação da lei penal). Ou seja, antes de se decretar a prisão preventiva, por força dos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade, caberá ao Juiz verificar se não há outra medida cautelar menos onerosa ao investigado/acusado apta a acautelar a situação, como, por exemplo, a retenção do passaporte do acusado que possua residência fora do País (art. 320, CPP).

2.5 Análise dos artigos 313 e 314. Casos em que a prisão preventiva pode ou não ser decretada.

O atual regime jurídico das medidas cautelares pessoais exige, além dos pressupostos probatórios (*fumus comissi delicti*) e cautelares (*periculum libertatis*), outras condições e/ou limitação para decretação da prisão preventiva.

Tais condições ou limitações estão previstas nos artigos 313¹²² e 314¹²³ do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

Extraí-se do artigo 313, caput, do Código de Processo Penal que presentes o *fumus comissi delict* e *periculum libertatis* delimitados no artigo 312 do mesmo *codex*, a prisão preventiva poderá ser decretada nas seguintes hipóteses:

- (i) quando o crime objeto da persecução penal for de natureza dolosa e sancionado com pena máxima superior a 4 (quatro) anos

Trata-se de autêntica concretização – ainda que de forma tímida – do princípio da proporcionalidade, nos seu aspecto estrito, uma vez que veda indiretamente a decretação da prisão preventiva aos casos em que, mesmo diante da condenação, o investigado ou acusado não sofreria sanção restritiva de liberdade em eventual sentença condenatória.¹²⁴

Neste ponto, como pontua CÂMARA o legislador reformista perdeu a chance de dar ampla efetividade ao princípio da proporcionalidade, porquanto poderia, em vez de limitar a aplicação da prisão cautelar ao *quantum* máximo

¹²² Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

¹²³ Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos [incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#).

¹²⁴ CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

de pena superior a 4 (quatro) anos, atrelar à efetiva e provável pena a ser aplicada na eventual e futura sentença penal condenatória.¹²⁵ Com isso, evitar-se-ia, por exemplo, a decretação de prisão preventiva ao acusado da prática do delito de furto qualificado (art. 155, §4º, Código Penal), cuja pena definitiva fixada em sentença muito dificilmente supera ao patamar necessário para imposição de pena restritiva de liberdade – 4 (quatro) anos, conforme artigo 33 do Código Penal, já que a pena mínima prevista para tal delito é de 2 (dois) anos¹²⁶.

Ainda no que tange ao limite quantitativo da pena - superior a 4 anos - cominado ao crime objeto da persecução penal alguns autores, dentre os quais Gustavo Henrique BADARÓ e Aury LOPES JUNIOR, apontam para possível celeuma jurisprudencial nos casos em que houver concurso de crimes, sendo apostada por este numa inclinação da jurisprudência à solução já concebida pelas Cortes Superiores para definição da competência e aplicação dos institutos do Juizado Especial Criminal¹²⁷, qual seja, a operação em abstrato do somatório (concurso material e formal impróprio, artigo 69 e 70, segunda parte, do Código Penal) ou exasperação no seu máximo (concurso formal e continuidade delitiva, artigos 70, primeira parte e 71, do Código Penal) das penas, de modo que se o resultado do cálculo abstrato for superior a quatro anos se torna possível a decretação da prisão preventiva.

¹²⁵ CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

¹²⁶ Conforme se pode observar dos dados explorados no capítulo 3, nos crimes de furto qualificado a prisão preventiva não raramente é a primeira medida cautelar decretada após a comunicação da prisão em flagrante.

¹²⁷ Sobre o tema, dispõem as súmulas 723 do STF e 243 do STJ, respectivamente: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”, e, “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quanto a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

De fato, ao que se depreende dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema¹²⁸, a Corte Superior tem entendido que nos casos em que há concurso de crimes se deve levar em conta o somatório ou exasperação máxima abstrata da pena a fim de se verificar o enquadramento ou não do caso na condição delimitada no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

(ii) quando se tratar de acusado reincidente na prática de crime doloso.

Essa hipótese, de constitucionalidade questionável, permite numa leitura rápida a decretação da prisão preventiva pelo simples fato de o acusado investigado ser reincidente em crime doloso – condenação anterior com trânsito em julgado e não ocorrência do transcurso do prazo de 5 anos após o cumprimento da pena.

Não bastasse a delicada figura da reincidência¹²⁹, expressamente repudiada pela Convenção Americana de Direitos Humanos no artigo 8º, item 4¹³⁰ e art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹³¹, a condição imposta no inciso II, do artigo 313 do Código de Processo Penal amplia em demasia a possibilidade de decretação da custódia cautelar, vez que possibilita a sua aplicação independentemente da gravidade do crime doloso ao qual o investigado/acusado foi sentenciado anteriormente.

¹²⁸ Nesse sentido, veja-se: RHC 47548; HC 269564/PR; HC 275437/SP

¹²⁹ Na contramão do que vem decidindo a Corte Interamericana de Direitos Humanos – vide caso *Fermín Ramires vs Guatemala* - o Pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento do Recurso Extraordinário 453000/RS, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, declarou a constitucionalidade do instituto da reincidência, com aplicação do regime da repercussão geral.

¹³⁰ Art. 8.4 da CADH: O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 29/12/2014.

¹³¹ Assim dispõe o artigo 14, item 7: 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 29/12/2014.

Ou seja, numa interpretação literal e apressada se pode concluir pela legitimidade da prisão preventiva decretada em face de réu condenado, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime de lesão corporal dolosa de natureza leve (129, inciso I, CP) ou de dano (artigo 143, CP), independentemente da (nova) imputação a ele (réu ou investigado) direcionada.

Elementar que a interpretação do artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal deve ser realizada a partir da principiologia das medidas cautelares, razão pela qual, ainda que se trate de acusado reincidente a prisão preventiva só gozará de legitimidade se estiver pautada na necessidade e indispensabilidade da medida para assegurar o processo de conhecimento e/ou futura aplicação da lei penal.

(iii) cabimento da prisão preventiva se o crime objeto da persecução penal envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir as medidas protetivas de urgência.

À primeira vista, o dispositivo inserido no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal pode conduzir ao raciocínio segundo o qual o legislador teria criado um novo “periculum libertatis”, consistente no risco de o acusado descumprir medida protetiva imposta no procedimento de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Contudo, como alerta LOPES JUNIOR “o artigo precisa ser lido com cuidado, ainda que as intenções de tutela sejam relevantes”, porquanto “uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (art. 7º, V, da Lei 11.340) autorizaria a prisão preventiva pela incidência do art. 313, inciso III, quando o juiz

determinasse, por exemplo, a proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, b, da Lei nº 11.340/06)¹³².”

Dessarte, também nesse ponto há que se destacar que a interpretação sistemática das regras e princípios que orientam o regime jurídico das medidas cautelares indica que a prisão preventiva, fundada no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal terá legitimidade quando, no caso concreto, estiverem presentes os pressupostos probatórios (*fumus comissi delicti*) e cautelares (*periculum libertatis*) delimitados pelo artigo 312 do mesmo *codex*, bem como não se mostrarem suficientes outras medidas cautelares alternativas à prisão (319) para garantia da medida protetiva¹³³.

Ademais, cabe neste ponto, *mutatis mutandi*, a crítica formulada por Julio MAIER acerca da prisão preventiva para garantia da instrução criminal, uma vez que inconcebível, ao menos num Estado Constitucional de Direito, se projetar para o indivíduo os ônus da incompetência estatal na sua função de garantir a efetividade da medida protetiva. Dito de outro modo, o Estado que conta com o aparelhamento policial deve assegurar a efetividade da tutela dos vulneráveis, vítimas de violência doméstica, de uma forma menos invasiva ao direito de liberdade do cidadão.

Não obstante, segundo CÂMARA “ao longo dos últimos anos tal normativa serviu apenas para aumentar significativamente o número de presos acusados da prática de violência de gênero¹³⁴”, ponto que também merece análise empírica, especificamente acerca das decisões decretadoras de prisão preventiva proferidas no âmbito das Varas Criminais de Violência Doméstica.

¹³² LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 79.

¹³³ CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.149.

¹³⁴ CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.148.

(iv) cabimento da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

De partida, imperiosa se faz a reflexão sobre a necessidade da prisão para identificação civil do suspeito ou acusado. Isto porque, nessa quadra da história em que se apresentam bastante aperfeiçoadas os meios tecnológicos para o reconhecimento do indivíduo, parece ser descabida a prisão preventiva para tal finalidade.

Não obstante, trata-se de hipótese positivada no Código de Processo Penal e que, sem dúvida, sofre aplicação constante na prática forense criminal, o que, portanto, impõe um debate dogmático crítico acerca das suas limitações.

Nessa perspectiva, vale também para esta hipótese a ressalva de que não se trata de nova situação de *periculum libertatis* inserida pela Lei 12.403/2011. Ou seja, também aqui a prisão preventiva terá legitimidade desde que existam, no caso concreto, elementos de prova que apontem o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como, atendam os demais princípios reitores das medidas cautelares, mormente o princípio da proporcionalidade.¹³⁵

Quer dizer, ainda que subsista dúvida sobre a identidade civil do acusado da prática de dano (art. 163, CP), não será possível a decretação da prisão preventiva, eis que seria absolutamente desproporcional a sua imposição no contexto em que, mesmo sobrevivendo sentença condenatória, o acusado não seria sancionado com pena de reclusão.

Essa hipótese de cabimento da prisão preventiva, ademais, deve ser analisada à luz do 5º, inciso LVIII da Constituição Federal, bem como da Lei 12.037/2009 que tratam da identificação civil e criminal.

¹³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79.

A rigor, nos termos da Constituição da República o civilmente identificado através de documento aceito pela legislação brasileira não será submetido à identificação criminal.

O artigo 3º da supracitada Lei, por sua vez, estabelece os casos em que, mesmo após a apresentação de documento, poderá ocorrer a identificação criminal¹³⁶.

A dúvida sobre a identificação civil do suspeito ou acusado deve, evidentemente, estar fundada em elementos de provas consignados nos autos da investigação preliminar ou do processo.

A prisão preventiva fundada nesta modalidade não perde sua natureza de *ultima ratio*, logo, em sendo suficientes outras medidas cautelares (319, CPP) menos custosa aos *status libertatis* do suspeito/acusado, não há que se falar em sua aplicação.

Ademais, explica CÂMARA que o princípio da não auto-incriminação “garante ao investigado ou ao acusado que ele não tem obrigação de se identificar, não podendo a negativa ser utilizada como supedâneo para imposição da cautela pessoal sob o argumento de que estará ele atuando contra a instrução criminal ou contra a investigação¹³⁷”. Por sua vez, o artigo 314 do Código de Processo Penal veda a aplicação da prisão preventiva quando dos autos for possível inferir que o suspeito ou acusado agiu, em tese, amparado por uma excludente de antijuridicidade.

¹³⁶ Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

¹³⁷ CÂMARA. Luis Antonio. **cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 150.

Por força do princípio da presunção de inocência e o corolário princípio da excepcionalidade da prisão preventiva, a dúvida acerca da ocorrência de uma das causas de exclusão de ilicitude já é suficiente para aplicação do disposto no mencionado artigo.¹³⁸

Isto porque, como cediço, para decretação da prisão cautelar exige-se o *fumus comissi delicti*, o qual, por raciocínio lógico, não se perfaz quando há elementos indiciários fortes da ocorrência de uma causa excludente de ilicitude.¹³⁹

Nesta esteira, leciona BADARÓ que a regra prevista no artigo 314 do Código de Processo Penal “deveria transformar-se em **regra geral de toda e qualquer medida cautelar**. (...) Todavia, como demonstrado, por ser da estrutura das medidas cautelares o prognóstico de uma condenação penal, nada impede que a regra seja lida e aplicada como uma regra geral, sob pena de se impor ao investigado ou acusado uma medida quando ausente o *fumus comissi delicti*”.

Por essa mesma razão – necessidade de um prognóstico de condenação penal formado pelo *fumus comissi delicti* – a vedação da prisão preventiva prevista no artigo 314 também se aplica, por analogia (art. 3º, CPP), às excludentes de culpabilidade, de modo que havendo elementos que demonstrem ter o acusado ou investigado agido amparado por umas das causas excludentes da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa, por exemplo – torna-se inviável sob o prisma legal a aplicação da custódia cautelar.

¹³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 81.

¹³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 736.

2.6. Tempo de duração da prisão preventiva

Como explorado no tópico 1.2.4, a prisão preventiva como toda medida cautelar é orientada pelo princípio da provisoriedade, quer dizer, deve operar por um curto prazo de tempo, porquanto serve para acautelar o processo e/ou futura execução da sentença penal condenatória.

O Código de Processo Penal Brasileiro, diferentemente de vários outros da América Latina¹⁴⁰, não dispõe sobre o prazo máximo de duração da prisão preventiva.

Diante dessa omissão, a construção doutrinária e jurisprudencial criou o parâmetro – sem muito sucesso, é verdade – consistente nos prazos previstos nos procedimentos processuais, de modo que havendo a extrapolação do prazo – antes da reforma produzida pela Lei 11.719/08 o prazo era de 81 dias para o procedimento comum ordinário – sem julgamento pelo juízo de primeiro grau, a soltura do acusado deveria ser imposta em virtude do excesso de prazo.

Com efeito, ao longo dos anos a própria jurisprudência tratou de relativizar a construção pretoriana inicial para fins de restringir as hipóteses de constrangimento ilegal em virtude do excesso de prazo.

As súmulas 52 e 21 do Superior Tribunal de Justiça são exemplos dessa relativização do excesso de prazo, porquanto dispõem, respectivamente que “encerrada a instrução criminal fica superada a alegação do constrangimento ilegal por excesso de prazo” e “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução”.

¹⁴⁰ São exemplos de Estados, dentre outros, cujas legislações dispõem sobre prazo específico de duração da prisão preventiva: Costa Rica (prazo máximo de 12 meses); Guatemala (prazo máximo de 1 ano antes da sentença. Se houver sentença condenatória, com pendência de julgamento de recurso o prazo máximo é de 3 anos); Paraguay (prazo máximo proporcional à pena que pode ser imposta no caso concreto); Peru (prazo máximo de 9 meses para casos comuns e 18 meses para casos complexos). Tais dados foram extraídos da obra: **Prisão preventiva em America Latina**. Enfoques para profundizar el debate. Disponível em:

<http://www.cejamericas.org/Documentos/librosvirtuales/librovirtualprisionpreventivaenamericalatina/index.html>. Acesso em: 29/12/2014.

Ora, o prazo para duração da prisão provisória que inicialmente fora estipulado levando-se em conta os prazos previstos para os atos processuais até a sentença de primeiro grau, foi também por construção jurisprudencial adiantado para o término da instrução judicial ou prolação da pronúncia, o que, a toda evidência, viola o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República.¹⁴¹

Dessarte, a jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, não tem se mostrado sensível à delimitação de prazos máximos para prisão processual. Não raramente sob a invocação do princípio da razoabilidade tem se estendido e muito o tempo de duração da prisão preventiva¹⁴².

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em atenção ao disposto no artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica¹⁴³, estabeleceu no Informe 35/07 para os Estados membros que não possuem previsão na legislação interna de prazo máximo de duração, o prazo de dois terços (2/3) do mínimo da pena cominada ao delito imputado ao acusado.¹⁴⁴

Tal parâmetro, conforme externado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não implica, de forma alguma, numa autorização para que a prisão provisória se estenda até o esgotamento desse prazo, senão que impõe um limite para sua duração:

136. Sem embargo, a Comissão considera que se pode fixar um critério reitor, indicativo, que configure um guia para os fins de interpretar quando se restou cumprido o prazo razoável. Neste sentido, diante de uma análise das legislações

¹⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 20.

¹⁴² Sobre o tema, confira-se os recentes julgados do STJ: RHC 52242/BA; RHC 52683; RHC 52795/PB; HC 294628/AM; RHC 53345/AM.

¹⁴³ Artigo 7º. Direito à liberdade pessoal: 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

¹⁴⁴ BOVINO, Alberto e BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Buenos Aires: Del puerto, 2011, p. 74

penais dos países do sistema, a Comissão estima bastante o cumprimento de dois terços do mínimo legal previsto para o delito imputado. Isto não autoriza o Estado a manter em prisão preventiva uma pessoa por esse tempo, senão que constitui um limite, o qual se superado presume-se, *prima facie*, que o prazo é irrazoável.¹⁴⁵

Ainda na linha do informe 35/2007 elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esgotado o prazo de duração da prisão preventiva deve ser o acusado posto em liberdade, com aplicação ou não de medidas cautelares diversas, ficando vedada nova imposição da custódia cautelar em razão, obviamente, do mesmo processo.

Neste ponto, dispõe o parágrafo 134 do supracitado informe que vencido o prazo de duração da custódia cautelar, o Estado perde a oportunidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo mediante a privação de liberdade do acusado ou investigado, razão por que, independentemente da existência ou não de riscos processuais, a medida cautelar deve ser cassada.¹⁴⁶

¹⁴⁵ No original: 136. Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente. Disponible em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>. Acceso em: 30/12/2014.

¹⁴⁶ 134. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento.

No Brasil, a despeito de a jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, constantemente relativizar a provisoriade da prisão cautelar, há vozes na doutrina que, em atenção à Convenção Americana de Direitos Humanos, propõem alguns marcos temporais para prisão cautelar.

Nesse sentido, GIACOMOLLI expõe que um dos critérios para fixação de tempo máximo de duração da prisão processual, além da verificação do tempo previsto legalmente para prática dos atos processuais “é a duração da pena privativa de liberdade”. “Em face do critério redutor buscado no sistema, o parâmetro da pena mínima se revela mais protetivo do direito de liberdade. Um dos fatores da redução poderá ser o tempo necessário para a progressão de regime que, via de regra, é do cumprimento de 1/6 da pena”¹⁴⁷.

Dessarte, o grande problema no Brasil no que concerne à duração da custódia cautelar é a ausência não só do prazo específico, mas e, sobretudo, a ausência de qualquer sanção processual diante da injustificada morosidade processual.

No caótico cenário em que pouco ou nada se faz de controle de constitucionalidade e convencionalidade em matéria criminal¹⁴⁸, torna-se imprescindível, pois, que a lei disponha sobre o prazo máximo de duração da prisão provisória e a respectiva sanção de soltura em caso de descumprimento.

3. A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NAS VARAS CRIMINAIS DE CURITIBA

¹⁴⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 92-93.

¹⁴⁸ PRADO, Geraldo. **El encarcelamiento provisório em Brasil: panorama desde la resistencia interna a la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica**. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Prision%20Preventiva%20Brasil%20CEJA.pdf> . Acesso em: 08/12/2014.

3.1 Introdução metodológica

As contundentes críticas formuladas pela doutrina contemporânea acerca da prisão preventiva, somadas à sensação de que o dia-a-dia forense não reflete os discursos jurídicos constitucionais desenvolvidos sobre o tema, fizeram surgir as seguintes indagações: (i) qual o uso que os juízes criminais têm feito da prisão preventiva no dia-a-dia forense? e (ii) A prática encontra alguma compatibilidade com que tem sido desenvolvido pela doutrina crítica contemporânea, especialmente após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011?

Tais inquietações, de certa forma, já foram alvo de outros trabalhos, dos quais se destacam “Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro¹⁴⁹” e “O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais: análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista¹⁵⁰”.

Inspirado nos trabalhos acima mencionados, a presente pesquisa tem por objeto empírico o exame das decisões proferidas sobre medidas cautelares, pelas Varas Criminais de Curitiba, após a comunicação do auto de prisão em flagrante.

A investigação, portanto, tem por escopo saber qual foi a primeira medida cautelar decretada pelo Judiciário após a comunicação do flagrante, partindo, obviamente, da premissa legal de que lavrado o flagrante e comunicado o juízo no prazo de 24 horas, este poderá proferir, em síntese, as seguintes decisões: (i) relaxamento do flagrante se a prisão for ilegal; (ii) conversão da detenção em flagrante para prisão preventiva se estiverem presentes as hipóteses do artigo 312, CPP; (iii) concessão de liberdade provisória com ou sem fiança e (iv) concessão de liberdade mediante imposição de cautelares diversas.

¹⁴⁹ LEMGRUBER, Julita, et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**. Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>. Acesso em: 04/11/2014.

¹⁵⁰ Relatório elaborado pelo Instituto SOS Liberdade, disponível em: http://www.iddd.org.br/images/file/SOS_Liberdade_IDDD.pdf,. Acesso em: 10/11/2014.

Dada a necessidade de restrição do objeto de pesquisa para dele poder-se dar conta, a análise se limitará às decisões proferidas por 5 (cinco) Varas Criminais Estaduais de Curitiba, no período de junho a dezembro de 2014, especificamente nos casos em que a imputação se refira aos crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06), roubo (157, CP), furto simples e qualificado (155, caput e §4º, CP) e receptação (180, caput).

Esse recorte do objeto está alinhado com os recentes dados do INFOPEN¹⁵¹ e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁵², os quais apontam serem esses os crimes alvos de maior incidência da prisão processual.

As fontes de pesquisa foram arrecadadas diretamente nas Varas Criminais, que disponibilizaram relatórios emitidos pelo sistema Projudi – processo eletrônico no âmbito da justiça estadual do Paraná – relativos a todos os processos que não tramitam em segredo de justiça e distribuídos após a implementação do sistema de processo eletrônico, em junho de 2014¹⁵³.

Com o relatório em mãos a pesquisa foi realizada por meio do acesso eletrônico a cada processo, especificamente naqueles em que a imputação confere com o recorte acima mencionado, e daí extraídas as informações resultantes dos quesitos previamente formulados, quais sejam: (i) qual medida cautelar decretada (prisão preventiva, cautelar diversa, liberdade provisória, etc)? Se prisão preventiva, qual fundamento utilizado na decisão (ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal).

¹⁵¹ Dados disponíveis no site: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>.

¹⁵² Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>. Acesso em: 01/12/2014.

¹⁵³ Excepcionalmente os dados fornecidos pela 3ª Vara Criminal de Curitiba contam também com autos de prisão em flagrante distribuídos no período maior, a saber, março a dez/2014, isto em razão de a respectiva secretaria ter digitalizado os processos que tramitavam no formato físico.

Para possibilitar o exame das informações com maior exatidão e clareza possíveis, as informações colhidas foram jogadas em planilha do Excel, cuja fórmula produz os gráficos utilizados neste trabalho.

Os dados apurados, evidentemente, não dão conta da *realidade*, mas possibilitam uma percepção muito aproximada do que tem sido feito acerca das prisões provisórias nas Varas Criminais de Curitiba.

Como se verá nos tópicos subseqüentes, alguns dados são estarrecedores e expressam, sem sombra de dúvidas, o fenômeno denominado por Agambem de “estado de exceção”.

3.2 Dados da Terceira Vara Criminal

No total foram analisados 185 autos de prisão em flagrante distribuídos para 3ª Vara Criminal de Curitiba, dos quais 132 (cento e trinta e dois) resultaram em prisão preventiva como, ressalta-se, primeira medida cautelar imposta após a comunicação do flagrante.

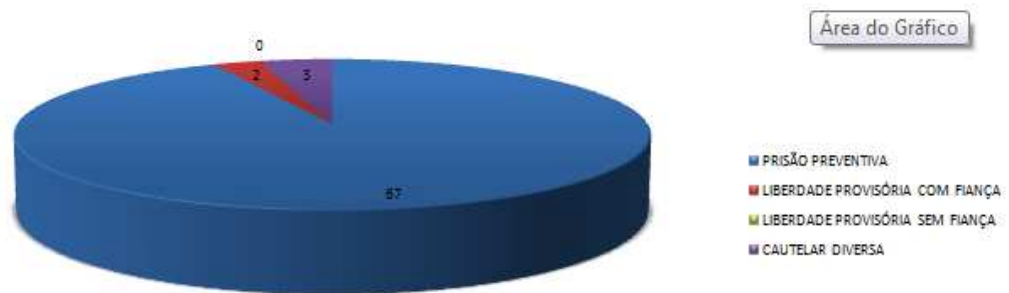
Tais dados já apontam para um destaque na aplicação da prisão preventiva – aproximadamente 71% dos casos - dentre as medidas cautelares previstas na legislação processual.

Os números são ainda mais assustadores quando o crime objeto da persecução penal é o de roubo ou de tráfico, nos quais a regra imposta pela *praxe* é a prisão preventiva.

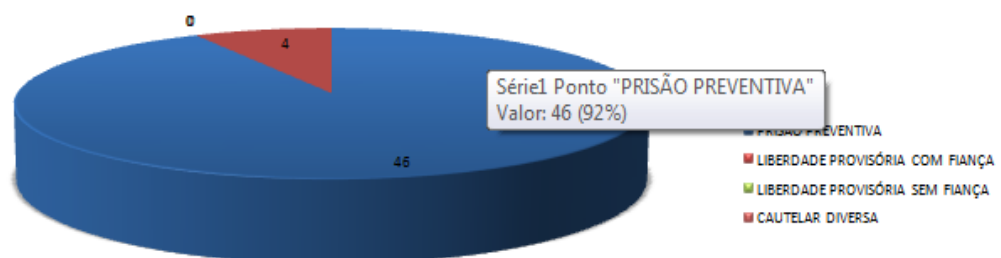
Isto porque, nos 72 (setenta e dois) casos de comunicação do flagrante pelo crime de roubo, apenas em 5 (cinco) foram decretadas medidas cautelares diversas da prisão ou concedida liberdade provisória.

A realidade é a mesma quando ao acusado se imputa o crime de tráfico de drogas, já que dos 50 (cinquenta) casos examinados, apenas em 4 (quatro) foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido e para melhor visualização, veja-se os gráficos abaixo:

3ª Vara Criminal de Curitiba - Roubo - Análise - Ano de 2014



3ª Vara Criminal de Curitiba - Tráfico - Análise - Ano de 2014



Com efeito, analisando-se apenas os casos de roubo e tráfico de drogas, o percentual de prisões provisórias decretadas pela Terceira Vara Criminal de Curitiba no período examinado salta para 92%. Ou seja, a maioria esmagadora dos detidos em flagrante delito pela prática dos crimes de roubo ou tráfico recebe como primeira medida cautelar a prisão preventiva; excepcionalmente são decretadas medidas cautelares diversas ou liberdade provisória, invertendo-se, dessa forma, o regime jurídico das medidas cautelares no Brasil, delimitado nos capítulos anteriores.

A questão ganha contornos ainda mais intrigantes quando se examina o fundamento utilizado na decretação da prisão provisória. Isto porque, todas

as decisões proferidas nos casos de crime de roubo e de tráfico de drogas tiveram por fundamento a garantia da ordem pública.

Em outras palavras, o inconstitucional fundamento da garantia da ordem pública é o que, de fato, tem legitimado juridicamente o encarceramento em massa.

3.3 Dados da Quarta Vara Criminal

Da 4ª Vara Criminal de Curitiba, foram examinados 80 (oitenta) casos no total, dos quais apenas 3 (três) tiveram a decretação de medida cautelar diversa da prisão preventiva.

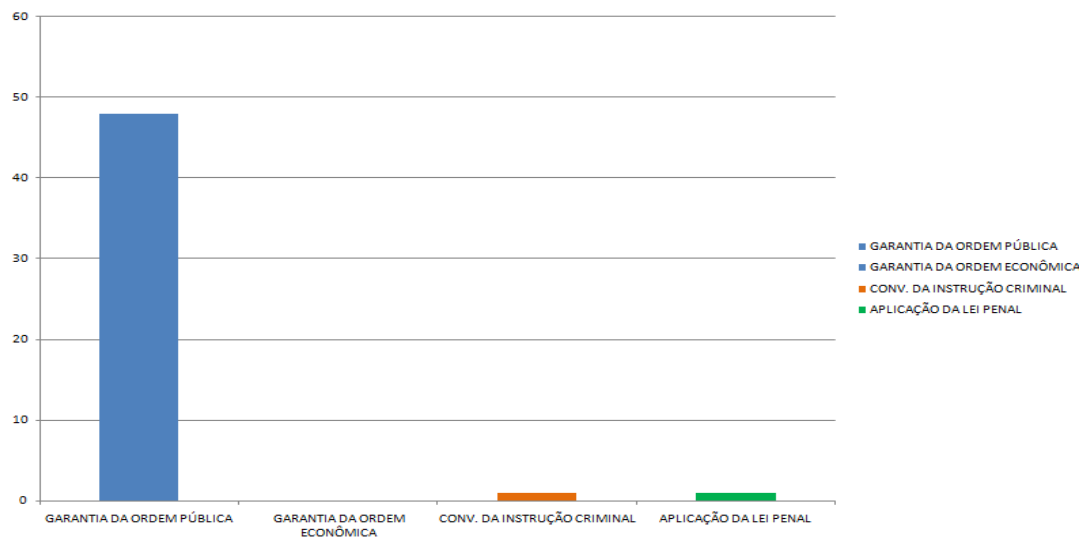
Os dados colhidos, portanto, revelam que também na esfera da Quarta Vara Criminal de Curitiba a prisão preventiva é a medida cautelar de maior incidência após a comunicação do flagrante delito.

Porém, surpreendentes são os dados referentes ao delito de furto (simples e qualificado), uma vez que em todos os 6 (seis) casos disponíveis e que foram objeto de exame, a prisão preventiva foi a primeira medida cautelar imposta.

Isto significa que, mesmo diante dos crimes de furto simples (155, caput, CP) e qualificado (155, §4, CP), cuja pena a ser aplicada ao final do processo dificilmente atingirá um patamar superior a 4 (quatro) anos e, conseqüentemente, não será cumprida em regime semi-aberto e/ou fechado, a prisão preventiva foi a medida inicialmente decretada, contrariando dessa forma o que estatui o princípio da proporcionalidade.

A mesma sorte tiveram os casos em que o crime imputado foi o de roubo ou tráfico de drogas, para os quais os dados demonstram que: em relação ao primeiro (roubo), dos 51 feitos examinados apenas em 1 (um) foi decretada medida cautelar diversa da prisão; e, no que diz respeito ao segundo (tráfico de drogas), em todos os 21 (vinte e um) casos analisados a primeira medida decretada foi a prisão preventiva.

O fundamento da garantia da ordem pública, também na Quarta Vara Criminal de Curitiba, fundamentou as decisões que converteram a prisão em flagrante para preventiva nos casos de roubo, conforme demonstrado no gráfico abaixo:



Por sua vez, nos flagrantes com imputação do crime de tráfico de drogas, a decisão que converteu a detenção em flagrante para prisão preventiva foi fundada, em todos os casos examinados, na necessidade de garantia da ordem pública.

3.4 Dados da Décima Vara Criminal

No total foram analisados 136 (cento e trinta e seis) procedimentos afetos à Décima Vara Criminal de Curitiba.

Em 82 casos, foi decretada a prisão preventiva como primeira medida imposta após a comunicação do auto de prisão em flagrante, o que representa aproximadamente 60% do número integral de casos distribuídos ao referido órgão judiciário no período analisado.

A despeito de ser um percentual menor do que o apresentado nos tópicos anteriores, trata-se, ainda sim, de uma taxa elevada, já que a regra deveria ser a liberdade e não a prisão provisória .

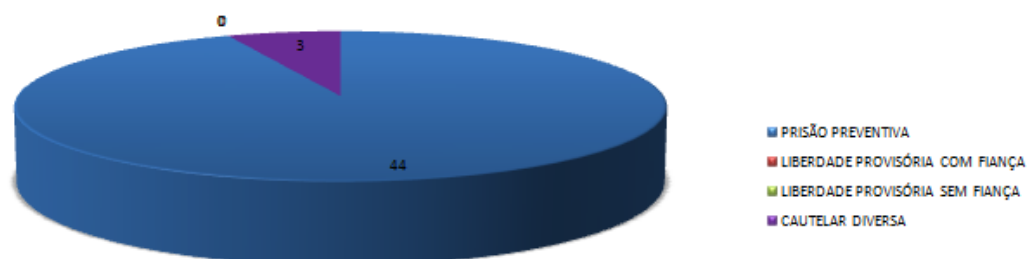
Por outro lado, examinando os dados referentes aos crimes de furto (simples e qualificado) e receptação, depreende-se que o número de prisões provisórias cai substancialmente - aproximadamente 12,5% -, situações nas quais entram em cena as medidas cautelares diversas da prisão, majoritariamente aplicadas pelo Juízo da Décima Vara Criminal de Curitiba.

Interessante, ademais, o fato de que em 42% dos casos de flagrante delito pela prática do crime de furto simples e receptação foi fixada fiança pela própria autoridade policial.

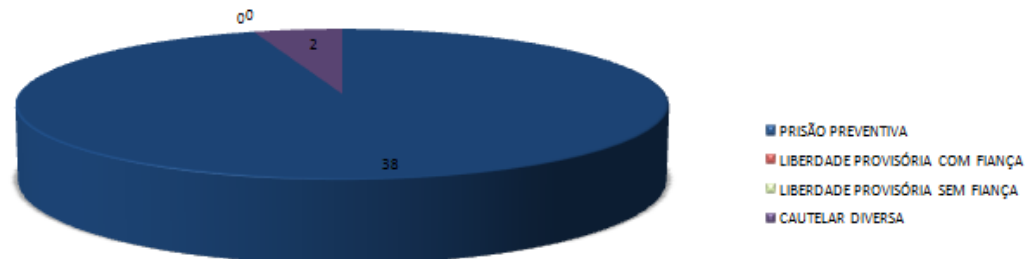
Noutro vértice, estão os casos cuja imputação que recai sobre o investigado é roubo ou tráfico de drogas. Nesses, a prisão preventiva foi decretada em aproximadamente 93% da totalidade de feitos distribuídos para a Décima Vara Criminal de Curitiba.

Os gráficos abaixo colacionados demonstram com bastante clareza essa dura realidade:

10ª Vara Criminal de Curitiba -Roubo- Análise - Ano de 2014

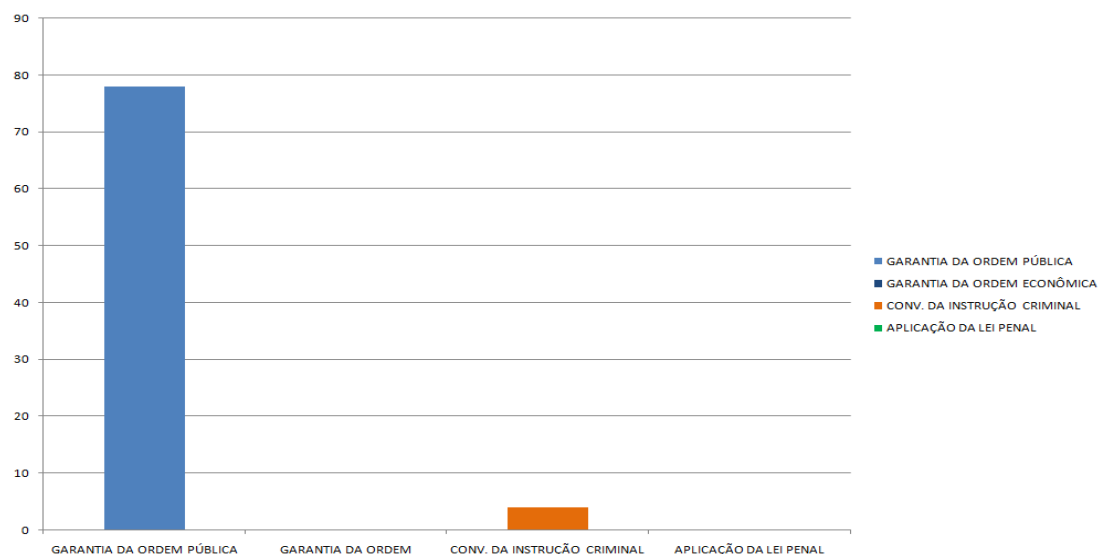


10ª Vara Criminal de Curitiba - Tráfico - Análise - Ano de 2014



Dito de outra forma, dos 88 (oitenta e oito) casos distribuídos para 10ª Vara Criminal de Curitiba, com imputação de roubo (48 casos no total) e tráfico de drogas (40 casos no total), em 82 (oitenta e dois) foi decretada a prisão preventiva.

Nestes casos, tal como nas decisões proferidas pelos Juízos das Varas Criminais acima analisadas, o fundamento de maior incidência foi o da necessidade da prisão para garantia da ordem pública, utilizado em 78 (setenta e oito) de um total de 82 (oitenta e duas) decisões que converteram a detenção em flagrante em prisão preventiva. É o que demonstra o gráfico a abaixo:



Ademais, vale ressaltar que nos casos em que foi utilizado o requisito cautelar da conveniência da instrução criminal, paralelamente também foi suscitado o fundamento da garantia de ordem pública para embasar a decretação da custódia provisória.

3.5 Dados da Décima Primeira Vara Criminal

Da Décima Primeira Vara Criminal de Curitiba foram analisados 77 (setenta e sete) autos de prisão em flagrante. Desse total, 62 (sessenta e dois) apresentam a prisão preventiva como medida cautelar inicialmente decretada pelo Juízo após a comunicação da detenção em flagrante, o que representa aproximadamente 80% da integralidade de feitos distribuídos à 11ª Vara Criminal de Curitiba.

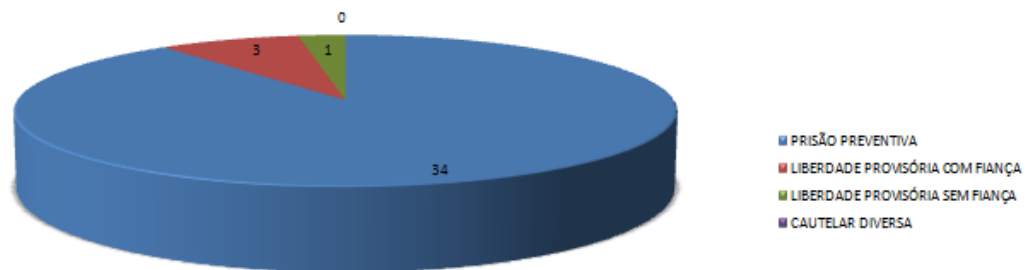
Analizando-se apenas os dados atinentes aos crimes de furto (simples e qualificado) e receptação, o percentual de conversão da detenção em flagrante para prisão provisória cai para 45%. Este percentual se deve principalmente à decretação da prisão preventiva nos feitos com imputação do crime de furto, haja vista que os dados relacionados ao crime de receptação apontam para apenas 1 (uma) prisão provisória num total de 7 (sete) casos.

Questão intrigante, para dizer o mínimo, continua sendo a deliberação absolutamente majoritária pela prisão preventiva nos casos em que o crime imputado ao investigado é classificado como roubo ou tráfico de drogas.

Isto porque, analisando-se somente os feitos referentes a tais delitos, o percentual de prisões provisórias decretadas em detrimento de outras medidas cautelares salta para 92,9 %, ou seja, seguindo a lógica das decisões analisadas nos tópicos anteriores, os suspeitos, detidos em flagrante na prática dos delitos de roubo ou tráfico de drogas, em regra tem contra si a decretação da prisão provisória como primeira medida cautelar imposta pelo Estado/Juiz.

Especificamente no que diz respeito aos dados coletados na Décima Primeira Vara Criminal de Curitiba, veja-se os seguintes gráficos:

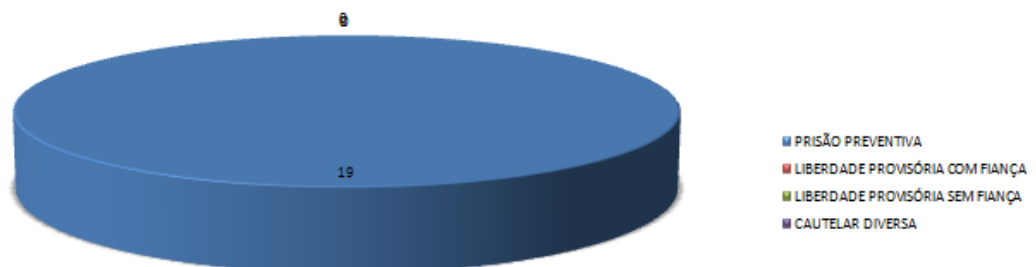
11ª Vara Criminal de Curitiba - Roubo - Análise - Ano de 2014



Com efeito, do total de 38 (trinta e oito) casos de prisão em flagrante pela suposta prática do crime de roubo, distribuídos para a 11ª Vara Criminal no período examinado (junho-dezembro de 2014), 34 (trinta e quatro) tiveram detenção em flagrante convertida em prisão preventiva.

A situação dos detidos em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas consegue ser ainda pior, já que em todos os casos houve a conversão para a “excepcional” prisão provisória:

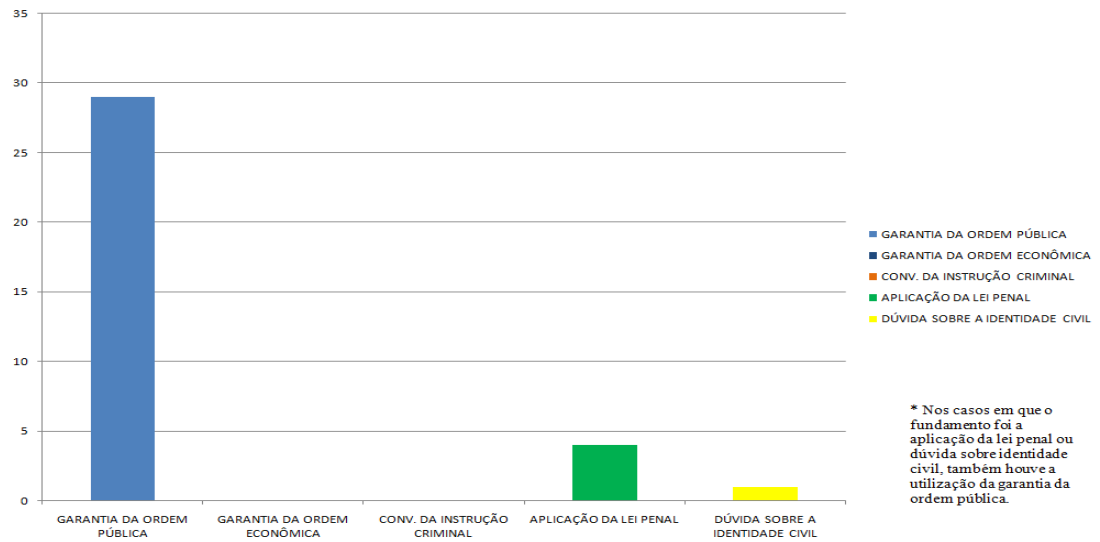
11ª Vara Criminal de Curitiba - Tráfico - Análise - Ano de 2014



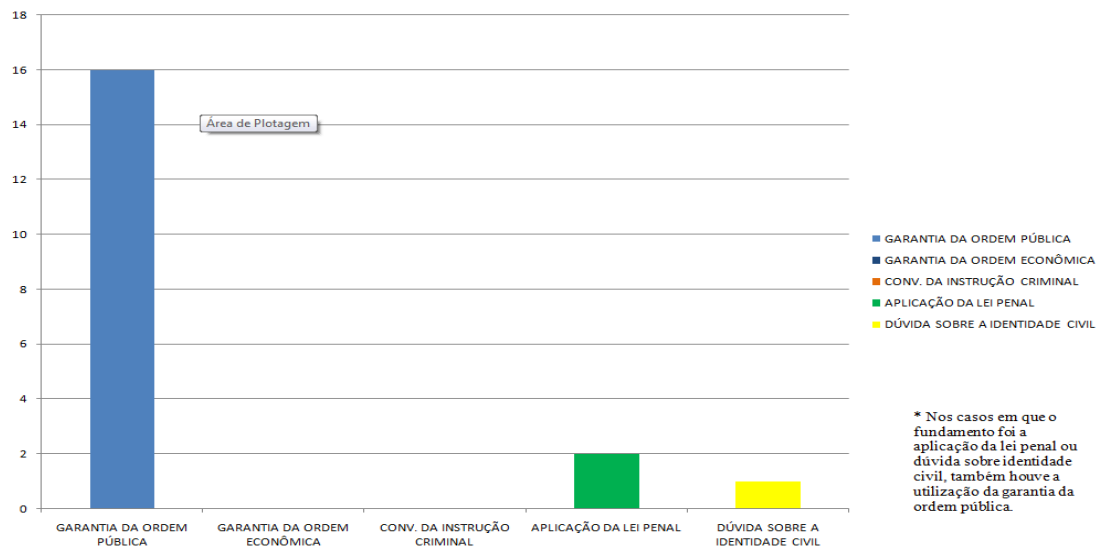
Seguindo a metodologia delimitada previamente, o cenário fica ainda mais nebuloso diante da constatação de que na maioria das decisões o

fundamento utilizado para decretação da prisão preventiva foi o da garantia da ordem pública. Nesse sentido, veja-se os gráficos referentes aos casos de roubo e tráfico de drogas:

Fundamentos da prisão preventiva – Crime de Roubo



Fundamentos da Prisão Preventiva – Tráfico de Drogas



Destarte, consoante ressalva feita no próprio gráfico, mesmo nos casos em que se tem um fundamento de natureza cautelar, a saber, assegurar a

aplicação da lei penal, o fundamento da garantia da ordem pública, como autêntica cláusula guarda-chuva, também foi utilizado.

Em síntese, os dados coletados na 11ª Vara Criminal demonstram que quando se trata de crime de roubo ou tráfico de drogas quase sempre há a conversão da detenção em flagrante para a prisão preventiva, em decisão fundada principalmente com base na garantia da ordem pública.

3.6 Dados da Décima Quarta Vara Criminal

Da Décima Quarta Vara Criminal de Curitiba foram examinados 87 (oitenta e sete) casos no total, dos quais 73 (setenta e três) resultaram em aplicação da prisão preventiva como primeira medida cautelar imposta ao suspeito, o que representa aproximadamente 83,9%, ou seja, a prisão provisória foi preferencialmente adotada pelo Juízo após a comunicação do flagrante com imputação de tráfico, roubo, furto (qualificado ou simples) e receptação.

Examinando-se somente os autos de prisão em flagrante com suspeita da prática dos crimes de roubo, o percentual de aplicação da prisão preventiva em detrimento das outras medidas cautelares passa para 98%, já que dos 55 (cinquenta e cinco) casos distribuídos no período examinado, apenas 1 (um) não teve a prisão preventiva decretada.

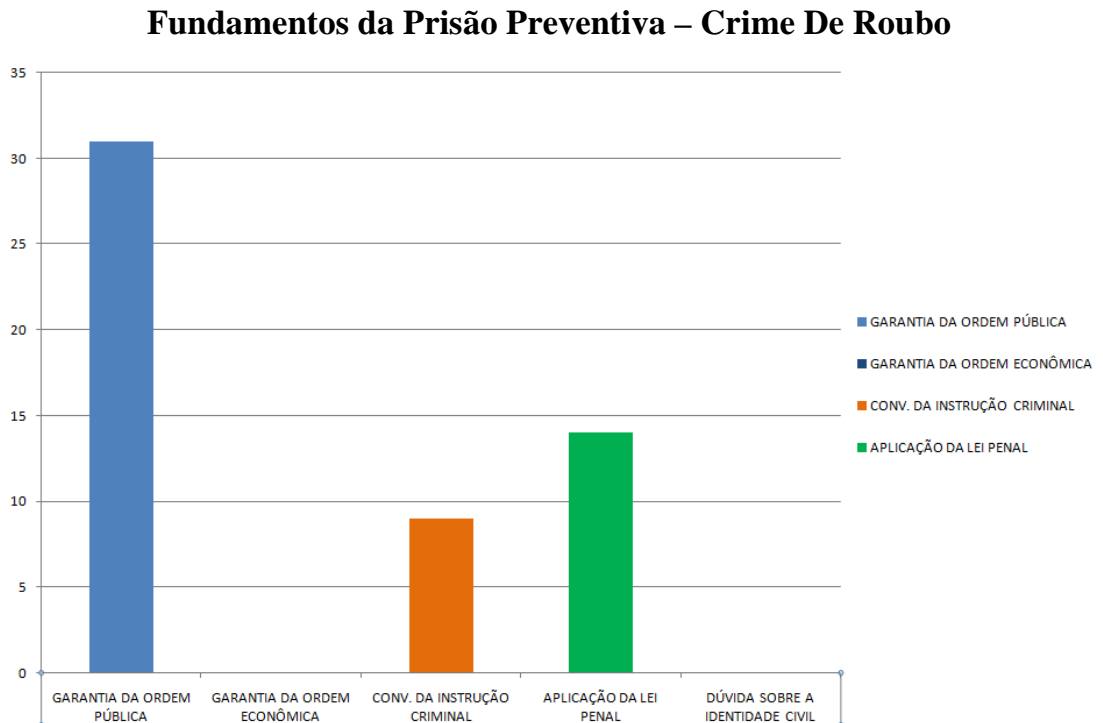
Não são diferentes os dados relacionados aos autos de prisão em flagrante em que o crime imputado é o de tráfico de drogas, para os quais o percentual de prisão preventiva é de 83,3%.

Diversamente dos dados colhidos nas outras varas criminais, na Décima Quarta Vara Criminal o suspeito da prática do crime de receptação, detido em flagrante, também teve contra si a decretação da prisão preventiva como primeira medida cautelar imposta, pois num total de 4 (quatro) casos, 3 (três) tiveram a prisão cautelar decretada.

No que diz respeito aos flagrantes lavrados pela prática do crime de furto (simples e/ou qualificado), os dados levantados no período examinado apontam para um total de 16 autos de prisão em flagrante, sendo que em 6 (seis) casos foram decretadas prisão preventiva, 1 (um) caso foi concedida liberdade provisória com fiança, 1 (um) caso foi concedida liberdade provisória sem fiança e em 8 (oito) foi decretada medida cautelar diversa da prisão (art. 319, do CPP).

Em relação aos fundamentos externados nas decisões decretadoras da prisão preventiva, os dados colhidos na Décima Quarta Vara Criminal de Curitiba apresentam a mesma lógica das demais, qual seja, a utilização preferencial da garantia da ordem pública como fundamento legitimador da custódia cautelar.

Nesse sentido, confira-se o gráfico referente ao fundamento utilizado nas decisões relacionadas ao crime de roubo:



Nos casos relacionados ao cometimento, em tese, do crime de tráfico de drogas, todas as decisões foram fundamentadas com base na garantia da ordem pública, ora exclusivamente, ora acumulada com requisito cautelar consistente na necessidade da prisão para assegurar a instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

4. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA COMPREENSÃO CRÍTICA DO FENÔMENO DA BANALISAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR

4.1 Introdução

Como demonstram os dados acima explorados, o discurso jurídico constitucional da excepcionalidade da prisão preventiva, embora seja reiteradamente propalado no campo acadêmico e doutrinário, não encontra guarida na realidade brasileira, ao menos se forem considerados os dados coletados nas varas criminais da justiça estadual de Curitiba.

O discurso jurídico fundado nas garantias processuais penais estampados na Constituição da República de 1988 e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, ao que os dados indicam, não foi acolhido na prática judiciária brasileira. Trata-se, tristemente, de uma realidade em que a exceção (prisão preventiva) parece ter se tornado a regra para alguns cidadãos brasileiros.

A compreensão e a crítica ao fenômeno do crescente encarceramento provisório não pode, portanto, partir da análise romântica do direito processual penal constitucional. Ao revés, impõe-se um olhar interdisciplinar que vá além desse discurso, por meio do qual se possa lançar outras luzes capazes de clarificar tal fenômeno, ainda que, talvez, o modo de se chegar numa redução de danos seja reafirmar a normatividade das garantias processuais previstas na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

É por esse olhar que o presente trabalho pretende lançar algumas contribuições para compreensão da banalização da prisão preventiva, seguindo para tanto, a seguinte trajetória: (i) biopolítica, neoliberalismo e estado de exceção; (ii) autoritarismo *cool* e processual penal do inimigo e (iii) sociedade de controle e ampliação do controle social por meio das medidas cautelares diversas.

4.2 Biopolítica, racismo de classe e estado de exceção.

Ao se debruçar sobre a complexa questão atinente à relação entre direito e poder nas sociedades ocidentais, Michel FOUCAULT constata que em tais sociedades, e isto desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder régio.

Nas palavras do filósofo francês “o direito no ocidente é um direito de encomenda régia”, foi a pedido deste poder régio, foi igualmente em seu proveito, foi para servir-lhe de instrumento ou de justificação que se elaborou ou edifício jurídico de nossas sociedades.¹⁵⁴

O personagem central no ordenamento jurídico ocidental é o rei, seja para afirmar o seu poder régio ou para limitá-lo, a figura régia tem um papel central na construção do pensamento e do saber jurídico.

O papel essencial da teoria do direito, desde a Idade Média, é o de fixar a legitimidade do poder: o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania.¹⁵⁵

FOUCAULT propõe então uma análise distinta da desenvolvida pela teoria do direito, na qual faz uma inversão sobre o foco de análise: no lugar de examinar o poder exercido pelo rei, por intermédio do direito e a respectiva dominação daí resultante, parte da análise da dominação, como um fato, para

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 30.

¹⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 31.

depois mostrar, “*a partir daí, não só como o direito é, de uma maneira geral, o instrumento dessa dominação, mas também como, até onde e sob que forma, o direito – leis e conjunto de aparelhos que aplicam o direito – veicula e aplica relações que não são de soberania, mas relações de dominação – múltiplas formas de dominação que pode se exercer no interior da sociedade.*”¹⁵⁶

O direito, para FOUCAULT, portanto, deve ser examinado não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o enfoque dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática.¹⁵⁷

O poder não pode ser visto como um fenômeno de dominação maciça e homogênea, mas sim como uma coisa que circula, que só funciona em cadeia. Jamais está localizado aqui ou ali, jamais está nas mãos de alguém ou de alguns, jamais é apossado como um bem ou riqueza. O poder funciona, se exerce em rede e, nesta rede, não só os indivíduos circulam, mas sempre estão em condições de ser submetidos a esse poder e também de exercê-lo.¹⁵⁸

Segundo o filósofo francês, nos séculos XVII e XVIII o capitalismo industrial exigiu a constituição de um poder que investisse sobre os corpos de modo a adestrá-los, vigiá-los, controlá-los, assujeitá-los e, conseqüentemente, torná-los mais produtores, numa relação de docilidade-utilidade ou docilidade-produção.¹⁵⁹

Neste momento, uma nova mecânica disciplinar de poder, incompatível com a soberania, difundiu-se e passou a permear todas as relações sociais.

Assim, ao se generalizarem por toda a sociedade para possibilitar o funcionamento do capitalismo, as disciplinas utilizaram técnicas de

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 31-32

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32.

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 35

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 42.

distribuição, controle e organização dos corpos com intuito de aumentar suas forças para torná-los mais úteis e eficazes, e ao mesmo tempo de diminuí-las, para torná-los dóceis e obedientes.

Em suma, as práticas disciplinares de poder investiram sobre a coletividade para corrigir os indivíduos a partir de uma série de técnicas de organização dos espaços, de controle do tempo, de vigilância e registro do comportamento dos indivíduos, que deram lugar ao nascimento de determinados saberes onde o modelo prioritário de estabelecimento da verdade era o exame.

Assistiu-se à formação do que Michel FOUCAULT chamou de sociedade panóptica¹⁶⁰, que assegurou inicialmente a formação de mão de obra para as fábricas e mais tarde a docilização do exército de trabalhadores excedentes.

Contudo, nos séculos XVIII e XIX, por força dos movimentos migratórios decorrentes da expansão dos mercados, que incrementaram multiplicidades e pluralidades nas populações, as sociedades ocidentais viram surgir os biopoderes, que implicaram a sofisticação das técnicas disciplinares para governar as populações a partir do processo de assunção da vida pelo poder ou a tomada de poder sobre o homem ser-vivo.¹⁶¹

Este processo, que segundo a tese foucaultiana tende à estatização do biológico, perverte por completo a ideia do poder fundado na teoria clássica da soberania, segundo a qual o Estado, na figura do soberano, exerce sobre os indivíduos o poder de vida e morte.

Sabe-se que para esta teoria o exercício do direito de vida e de morte pelos súditos depende da vontade do soberano; isto é, cabe ao soberano exercer seu poder de dizer quem tem direito de estar vivo ou, eventualmente,

¹⁶⁰ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: a história da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramalhe. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994b, p. 173-204.

¹⁶¹ Borges, Clara Roman; Oliveira, João Rafael. **A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. In: Revista da Escola da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.3, p. 225-247, 2014

morto.

Contudo, é preciso admitir que a concretização deste poder soberano de vida e morte ocorre de maneira assaz paradoxal, já que o poder do soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento que o soberano pode matar.

Note-se por este viés que o poder de matar do soberano é que detém efetivamente em si a essência do próprio poder de vida e de morte dos súditos, ou seja, “é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida¹⁶².” Isto significa que há uma verdadeira dissimetria no exercício do poder soberano de vida e morte, pois da forma como funciona não faz viver ou morrer, nem deixa viver ou morrer, mas faz morrer e deixa viver.

Deste modo, quando na segunda metade do século XVIII surge uma nova forma do poder de investir sobre a vida, o poder soberano de fazer morrer ou deixar viver não vai ser apagado, mas perpassado, penetrado de maneira a se transformar num poder de fazer viver e de deixar morrer.¹⁶³

Essa nova técnica de poder se aplica a vida dos homens, ao homem espécie e não ao corpo individualizado. Biopolítica da espécie humana que tem como alvo um conjunto de processos como proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc.

Essa nova tecnologia do poder é desconhecida do direito que só conhece o indivíduo e a sociedade a partir do poder soberano.

A biopolítica lida com a população enquanto um problema a um só tempo científico e político.

No ambiente desses dois poderes – disciplinar e regulamentar (biopoder) – circula um elemento que se aplica da mesma forma ao corpo e à população.

¹⁶² FOUCAULT, Michael, **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

¹⁶³ FOUCAULT, Michael, **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285-315.

Esse elemento é a norma, entendida como um mecanismo que, estabelecendo padrões de comportamento, identifica, classifica determinado grupo enquadrando-o num determinado perfil.

A norma pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar.¹⁶⁴ Nesta hipótese, estabelece-se um critério que parte de um padrão que se entende por normal em dada sociedade para se impor medidas de gestão e governo da população, dirigidas tanto para fazê-la viver quanto deixá-la morrer.

Esta separação entre *normais* e *anormais* não situa estes fora do critério de sua separação; ao contrário, o anormal tem a mesma natureza do normal e a única diferença diz respeito à posição que ocupa em relação à norma.

A pergunta que se coloca, dentro dessa perspectiva e que faz conexão com o objeto da presente pesquisa consiste em saber como o Estado exerce o poder de morte num sistema político centrado no biopoder?

É aqui que intervém o racismo, que deixa de ser a expressão do ódio entre raças e religiões e passa a ser utilizado como justificativa legítima para a implementação da ação massacrante e mortífera por parte dos Estados.

Se o poder normalizador quer exercer o direito de matar ele vai ter que passar pelo racismo. Por tirar a vida não se entende simplesmente o assassinio direto, mas tudo o que pode ser o assassinio indireto, como por exemplo, o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte, etc.

Ora, a partir desta análise é possível explicar o nazismo, que tratava de exterminar raças supostamente inferiores por meio do aniquilamento, sob o argumento de que colocavam em perigo a raça ariana; ou ainda, os motivos que levam a sociedade brasileira a relegar a *ralé*¹⁶⁵ à morte nos precários

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michael, **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285-315.

¹⁶⁵ Termo utilizado pelo sociólogo Jessé Souza para designar o grupo de brasileiros economicamente desfavorecidos, despossuídos de capital cultural para buscar a ascensão social. In: SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

hospitais públicos ou nos cárceres desumanos de nosso país.¹⁶⁶

Segundo dados apontados no relatório de pesquisa elaborado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDD¹⁶⁷, o preso provisório na cidade de São Paulo possui o seguinte perfil sócio-econômico: (i) média de idade em torno de 29,7 anos, sendo que 74% dos entrevistados pelo projeto tinham entre 18 a 34 anos; (ii) renda mensal no patamar de um a três salários mínimos; (iii) baixo grau de escolaridade, mais exatamente: 40% têm ensino fundamental incompleto, 23% possui ensino fundamental completo, 15% ensino médio incompleto, 12% ensino médio completo.

Ou seja, a população encarcerada a título de prisão provisória, de fato, enquadra-se na classe denominada por Jesse SOUZA de *ralé*, porquanto desprovida das condições sociais, morais e culturais que permitam a apropriação de capitais econômicos e culturais (compreendido como formação técnica e escolar)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Borges, Clara Roman; Oliveira, João Rafael. **A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. In: Revista da Escola da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.3, p. 225-247, 2014.

¹⁶⁷ In: **O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-idd.pdf>. Acesso em: 30/01/2015.

¹⁶⁸ Jesse Souza faz uma crítica à visão economicista da sociedade, muito propalada na academia e também no senso comum, segundo a qual as classes são estabelecidas, de forma reducionista, em virtude da distribuição de renda. Segundo o autor “a crença fundamental do economicismo é a percepção da sociedade como sendo composto por um conjunto de *homo economicus*, ou seja, agentes racionais que calculam suas chances relativas na luta social por recursos escassos, com as mesmas disposições de comportamento e as mesmas capacidades de disciplina, autocontrole e autoresponsabilidade”. Essa visão equivocada, fundada também no mito da meritocracia, deixa de lado os “valores imateriais” na reprodução das classes sociais e de seus privilégios no tempo. De forma resumida, o sociólogo propõe uma releitura acerca da divisão de classes na medida da apropriação de capital humano (financeiro e cultural): (i) classe alta que representa 1% da sociedade, atua em regra no sistema financeiro e é detentora privilegiada de capital econômico; (ii) classe média que se singulariza pela apropriação concentrada do capital cultural. A classe média tem acesso privilegiado ao capital cultural (formação técnica e escolar), razão pela qual ocupará os bons cargos do Estado e do Mercado; (iii) classe oprimida, caracterizada pela inacessibilidade a esses capitais humanos (econômico e cultural). Essa classe, por sua vez, subdivide-se em (a) classe trabalhadora, também chamada de batalhadora, não possui capital humano e com alta probabilidade de ser o pequeno autônomo, ocupar o chão de fábrica, e o emprego de baixo salário, e, (b) a *ralé*, singularizada pela subvida, pela subcidadania, esta classe ocupa 1/3 da população, é formada por famílias desestruturadas alijadas de qualquer condição para apropriação mínima seja de capital econômico, seja de capital cultural.

Segundo Jessé SOUZA “essa classe social, que é sempre esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de “indivíduos” carentes ou perigosos”.¹⁶⁹

Destarte, é justamente o racismo de classe que vai permitir a matança generalizada e o encarceramento em massa dos “subcidadãos” que pertencem às classes oprimidas, afinal de contas estes “indivíduos”, por serem perigosos, devem receber a repressão penal do Estado, legitimada pelo discurso (maniqueísta e infantil) da necessidade de proteção dos cidadãos de bem contra os potenciais atos lesivos daqueles (perigosos).

Esse discurso belicoso, fundado no racismo de classe e na necessidade de eliminação dos indesejados para o (utópico) bem estar da sociedade¹⁷⁰ encontra amparo no totalitarismo moderno, consistente, nas palavras de AGAMBEN “na instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político¹⁷¹”.

AGAMBEN explica que o significado biopolítico do estado de exceção aparece claramente nas ordens militares promulgadas pelo presidente dos Estados Unidos após o atentado de setembro de 2001, por meio das quais se autoriza a detenção por prazo indefinido e o processamento perante as comissões militares dos não cidadãos suspeito de envolvimento em atentados terroristas¹⁷².

Para o filósofo italiano, o estado de exceção atual atingiu seu máximo desdobramento, no sentido de que “ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente,

¹⁶⁹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 21.

¹⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

¹⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

pretende, no entanto, ainda aplicar o direito¹⁷³”.

Com efeito, a constatação de um estado de exceção estabelecido como paradigma, no qual há a suspensão de direitos e garantias para determinada classe – *in casu, a da ralé* - parece ser uma hipótese razoável de compreensão do paradoxo consistente na aplicação, como regra, da (excepcional) prisão provisória aos suspeitos detidos em flagrante delito na suposta prática do crime de roubo e tráfico de drogas.

4.3 O autoritarismo *cool* no Brasil e o processo penal do inimigo

Os dados lançados e explorados no capítulo anterior dão substrato ao fenômeno denominado por ZAFFARONI como autoritarismo *cool* da América Latina¹⁷⁴.

Segundo o autor “a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados¹⁷⁵”.

De fato, a realidade retratada no Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas¹⁷⁶, aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, revela que boa parte do poder punitivo na América Latina é exercido mediante prisão provisória, quase sempre fundada na presunção de periculosidade.

Nesta conjuntura, a medida cautelar transforma-se em pena cautelar, ou seja, por precaução o acusado/investigado é desde logo submetido a uma pena que se arrastará por um longo período de desenvolvimento do processo,

¹⁷³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.70.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.70.

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>
Acesso em: 12/01/2015.

cujas finalidades serão verificar se a referida pena cautelar corresponde a uma pena formal.¹⁷⁷

Diante dessa perversa lógica não raramente a revogação da prisão provisória representa figurativamente a própria absolvição do investigado/acusado.

Os *indesejáveis* – pertencentes à *ralé* -, neste contexto, não cumprem pena formal, pois em regra a cumprem na prisão cautelar.

Como aponta ZAFFARONI, o fenômeno do encarceramento em massa na América Latina possui uma gênese no discurso autoritário e policialesco do sistema de justiça criminal norte-americano que, não à toa, conta com a maior população carcerária mundial.

A nítida característica popularesca e simplista do discurso autoritário norte-americano, embalado sob os rótulos de *tolerância zero* e *Lei e Ordem*, no contexto globalizado, fez com que tal discurso fosse propagado mundialmente, com adoção quase irrestrita na América Latina, em virtude da sua precariedade institucional.¹⁷⁸

Nas palavras de ZAFFARONI “a difusão mundial desse discurso é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão, dado o alto custo de operação e a escassa disposição dos espectadores a todos e qualquer esforço pensante¹⁷⁹”.

Na sociedade brasileira, na qual a exclusão social é ainda o principal problema - a despeito do inegável avanço na última década -, esse discurso televisivo simplista e vindicativo, no melhor estilo *Lei e Ordem* e *Tolerância Zero*, é funcional para reproduzir conflito entre excluídos, uma vez que os criminalizados, os vitimizados e os policizados são recrutados deste segmento

¹⁷⁷ ¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.70.

¹⁷⁸ ¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 71.

¹⁷⁹ ¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 72.

(classe oprimida), resultando disso uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre eles e a capacidade de coalizão dos mesmos atores.

Acrescente-se a isso, o que Jesse SOUZA denominou de invisibilidade social e política da ralé. Para o sociólogo “essa é também a razão da dificuldade de seus membros construírem qualquer fonte efetiva de autoconfiança e de estima social, que é, por sua vez, o fundamento de qualquer ação política autônoma¹⁸⁰”.

Além disso – falta de coesão social dos pertencentes da ralé – Jesse SOUZA chama a atenção para o fato de que a invisibilidade social e política da ralé é o que permite “a reprodução continuada de uma classe condenada a ser “corpo” sem alma ou mente que podemos também temê-la e persegui-la cotidianamente como delinquentes ou delinquentes potenciais¹⁸¹.”

É justamente a ausência de sentimento de pertencimento de classe, aliada à exploração midiática do medo e da insegurança que resultará, por mais paradoxal que pareça, na reivindicação da própria ralé por mais repressão policial e pelo recrudescimento do sistema de justiça criminal.

A construção midiática da *realidade paranoide*¹⁸² é, como alerta ZAFFARONI, uma etapa preparatória necessária para a realização do massacre, entendido aqui como encarceramento expressivo e degradante que potencializa a eliminação dos indesejados.¹⁸³

Desta maneira é possível compreender a razão pela qual o índice de encarceramento provisório dos acusados da prática dos crimes de tráfico de drogas e roubo é altíssimo. Basta ligar a TV nos canais policiaiscos (Datenas, 190, etc) para ser tomado por um discurso belicoso e maniqueísta, segundo o

¹⁸⁰ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 122.

¹⁸¹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p122.

¹⁸² Por *realidade paranóide*, compreende-se a divulgação de fato funcionalmente deformado. Ou seja, a exploração sensacionalista e generalizante de fatos isolados, em que se disseminam os sentimentos de medo e insegurança por toda a sociedade.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. P. 375.

qual todo o mal estar da sociedade atual está no tráfico de drogas que, por sua vez, estimula os mais violentos crimes urbanos (roubo, seqüestro, etc), cuja solução seria, quando não a eliminação, a prisão perpétua.

A rotulação do inimigo – o traficante e assaltante, não raro, com estereótipo do jovem da periferia – é um recurso político fortíssimo e muito eficaz, pois canaliza todo o mal na cabeça de um grupo¹⁸⁴.

Mas para que se produza esse massacre se faz também necessária a neutralização do judiciário, especificamente no seu poder de contenção dos abusos e ilegalidades policiais.

A criminologia midiática é uma das formas de contenção/neutralização do poder judiciário¹⁸⁵ - quiçá o mecanismo mais sutil e perverso – pois, a despeito de não ser admitida, exerce uma pressão social tal que raramente é confrontada pelo Juiz no momento decisório. Daí, talvez, os mais variados fundamentos que substanciam o decreto de prisão provisória com base na garantia da ordem pública em razão do clamor social, do temor causado na população, etc.

Segundo ZAFFARONI, a criminologia midiática exerceria maior pressão nos juízes de primeira instância, pois “amedrontados pela mídia e pelos políticos e seus próprios colegiados, preferem decretar prisões preventivas e que sejam colegiados de segunda instância os que decidam¹⁸⁶”.

Neste cenário, o aprisionamento sem causa – nomenclatura dada pelo teórico argentino à prisão cautelar decretada sem motivo, em que o acusado submetido é posteriormente absolvido¹⁸⁷ - é uma resposta à *periculosidade*

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395.

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, . p. 435-436.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. p. 444.

¹⁸⁷ Para ZAFFARONI “ a expressão medida cautelar, tomada do processo civil, é um eufemismo. É sempre uma forma de linguagem encobridora, própria do poder punitivo de modelo inquisitorial. Spee observava que os inquisidores chamavam de *confissão voluntária* aquela que a mulher prestava depois de ter sido pendurada e desconjuntada, e de *não voluntária* apenas quando lhe eram aplicadas outras torturas. Os nazistas usavam os

judicial, no sentido de que a opção pela prisão preventiva se dá em razão de uma proteção do Juiz diante da criminologia midiática, dos políticos e da sua própria cúpula, pouco importando o fato de existirem ou não requisitos para sua decretação ou até mesmo se o acusado sairá absolvido ao final do processo¹⁸⁸.

Em resumo, o encarceramento provisório, por este viés, “é decidido de acordo com o grau de periculosidade política avaliado pelo juiz, o que poderíamos chamar de *periculosidade judicial*, que será o grau de perigo que uma libertação, absolvição ou soltura pode indicar ao juiz¹⁸⁹”.

O resultado disso é o que se tem vivenciado no Brasil como um todo e em particular no Estado do Paraná, onde ainda há presos em Delegacias de Polícia, ou seja, superlotação carcerária, produção de mais mortos em rebeliões¹⁹⁰, fabricação de crimes graves, num espiral ascendente.

4.3 Neoliberalismo e sociedade de controle

Michel FOUCAULT possui um olhar peculiar a respeito do neoliberalismo, menos trágica do que aquelas que permeiam na literatura jurídica, segundo as quais o mercado se expande a níveis inimagináveis, sem qualquer intervenção estatal, promovendo exclusão próxima da insuportabilidade, atenuada pela intervenção penal do Estado que neutraliza aqueles que não consomem e buscam violentamente sua inserção social¹⁹¹.

termos *tratamento especial, distanciamento, internação especial, limpeza social*. Nós escondemos a pena sem a condenação sob o termo *medida cautelar*.

¹⁸⁸ No texto ZAFFARONI indica que na América Latina 70% da população carcerária é de presos provisórios e que aproximadamente 20 a 25 % serão absolvidos ou solto no final do processo. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. p. 444.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. p. 446.

¹⁹⁰ Só no ano de 2015 já houve 24 (vinte e quatro) rebeliões nos presídios do Estado do Paraná. In: <http://tvuol.uol.com.br/video/presos-fazem-24-rebeliao-do-ano-em-presidio-em-maringa-pr-04024C19376AC8995326/>.

¹⁹¹ Borges, Clara Roman; Oliveira, João Rafael. **A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. In: Revista da Escola da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.3, p. 225-247, 2014.

O filósofo francês acreditava que o neoliberalismo se tratava de outra coisa, na medida em que tem como desafio não mais o estabelecimento de um espaço livre na sociedade política para o desenvolvimento e autorregulação do mercado, como queria o liberalismo clássico, mas a projeção dos princípios formais de uma economia de mercado numa arte geral de governar. Por este motivo, o neoliberalismo não mais se situará sob o signo do *laissez-faire*, e sim, sob o signo da vigilância e intervenção permanente do Estado, que passa a funcionar de acordo com os princípios formais da economia de mercado.¹⁹²

Isso influencia diretamente nas relações sociais, que passam a não serem lidas estritamente como mercantis, isto é, marcadas pela troca de mercadorias, nos termos aventados pelo liberalismo clássico, mas empresariais e pautadas pela concorrência. Trata-se da tentativa neoliberal de decifração em termos econômicos de comportamentos sociais tradicionalmente não econômicos.¹⁹³

Nesta perspectiva, o que se vê é uma crítica política permanente da ação política e da ação governamental; isto é, toda a ação do poder público passa a ser filtrada em termos de jogo de oferta e procura; em termos de eficiência, do custo que implica pela intervenção do poder público no mercado. Deste modo, a governamentalidade passa a ser alvo de uma cínica crítica mercantil, não mais exclusivamente política ou jurídica, e diante dela se rearranja, aperfeiçoa-se e mantém o desenvolvimento do neoliberalismo¹⁹⁴.

Portanto, seguindo esta linha, pode-se concluir que enquanto no liberalismo clássico era essencial que o governo respeitasse a forma do mercado, no conhecido estilo *deixar fazer*, no neoliberalismo não se deixa o

¹⁹² FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de fevereiro de 1979.** O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 201.

¹⁹³ FOUCAULT, Michel. **Aula de 21 de março de 1979.** O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 337.

¹⁹⁴ Borges, Clara Roman; Oliveira, João Rafael. **A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.** In: Revista da Escola da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.3, p. 225-247, 2014.

governo fazer, em nome de uma lei de mercado que permite aferir e avaliar cada uma de suas ações. Funda-se uma espécie de tribunal econômico permanente para julgar o governo.¹⁹⁵

Outra importante característica do neoliberalismo, na visão de FOUCAULT é que, diferentemente do liberalismo tradicional, no qual se estabelecia espaços de liberdade de forma negativa de ausência de intervenção estatal nas relações, o neoliberalismo produz liberdades, que sequer eram imaginadas, contudo, ao produzir liberdades, também destrói liberdades.

Dito de outro modo, no neoliberalismo há um controle sem intervalo das liberdades, em que se determina um número limitado de possibilidades para gozá-la, proporcionando a estranha sensação de que em tempo algum se foi tão livre e ao mesmo tempo com esta liberdade tão condicionada, tão normalizada.¹⁹⁶

A sociedade normalizadora para FOUCAULT é aquela na qual o poder se exerce ao mesmo tempo através do direito – espaço do discurso da soberania – e das técnicas de disciplinas – mecânica de coerções -, em que esses discursos nascidos da disciplina invadam o direito, que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei.¹⁹⁷

A teorização acerca da sociedade normalizadora iniciada por FOUCAULT é o que vai dar suporte para que DELEUZE construa o arcabouço teórico sobre a “sociedade de controle”, que surge, na sua ótica, no

¹⁹⁵ “Enquanto o século XIX havia procurado estabelecer, em face e contra a exorbitância da ação governamental, uma espécie de jurisdição administrativa que permitisse aferir a ação do poder público em termos de direito, temos aqui uma espécie de tribunal econômico que pretende aferir a ação do governo em termos estritamente de economia e mercado.” In: ¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Aula de 21 de março de 1979**. O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 339.

¹⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Aula de 24 de janeiro de 1979**. O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 86.

¹⁹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

momento histórico onde aquelas instituições produtoras de indivíduos na sociedade disciplinar entram em crise¹⁹⁸.

Para DELEUZE, na sociedade de controle, “o homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado”. Continua o filósofo, “É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas¹⁹⁹”.

Como exemplo desse rearranjo do poder na sociedade de controle, DELEUZE explica que no regime das prisões há uma busca de “penas “substitutivas”, ao menos para a pequena delinquência, e a utilização da coleira eletrônica que obrigam o condenado a ficar em casa em certas horas”.

É justamente aqui que se inserem as penas substitutivas e medidas cautelares alternativas ao cárcere. Ou seja, novas tecnologias do poder que se integram e se somam às instituições de confinamento e, longe de atenuá-la, expande ainda mais o controle social pelo poder punitivo do Estado.

Nas palavras de AMARAL “o novo clima penalógico é agente de ampliação da malha penal. Com suas novas técnicas de controle tecnológicas, ele tem alargado, generalizado e prolongado sem precedentes os meios de vigilância penal²⁰⁰”.

Em síntese, como se verificará no tópico seguinte, a sociedade de controle própria de um sistema neoliberal, em que os princípios do mercado (dentre eles a eficiência) são aplicados nas políticas de Estado, produz novas técnicas de vigilância e, portanto, de poder, que serão destinadas ao controle permanente das liberdades, porém de maneira distinta das instituições de confinamento.

¹⁹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

¹⁹⁹ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. Tradução de Peter Pal Pelbart. Cidade (?): Editora 34, 1990, p. 2219-225.

²⁰⁰ ROSA, Alexandre Moraes; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 41.

4.3 Medidas cautelares diversas da prisão: solução do problema do encarceramento em massa ou expansão do controle social pelo poder punitivo?

4.3.1 Inovações no regime das medidas cautelares pessoais: breves apontamentos sobre a Lei 12.403/11

Na última década o Código de Processo Penal brasileiro sofreu quatro reformas pontuais, três em 2008 pelas leis 11.689, 11.690 e 11.719 que, em conjunto alteraram mais de 100 artigos e modificaram direta ou indiretamente todos os ritos procedimentais previstos no código, e, uma 2011 operacionalizada pela lei 12.403 que alterou substancialmente o título IX do Código, denominando-o de “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Como aponta o professor Aury LOPES JR. essas reformas pontuais, a despeito de terem pontos positivos, inviabilizaram o emplacamento de um novo código de processo penal que rompesse, de uma vez por todas, com a matriz inquisitorial, autoritária, com a qual fora elaborado o CPP de 41²⁰¹.

A lei 12.403/11, oriunda do Projeto de Lei 4.208/2001– que sofreu graves modificações no congresso nacional, como por exemplo, a inclusão dos fundamentos “garantia da ordem pública e ordem econômica” que originariamente não eram previstas no Projeto de Lei -, trouxe positivas alterações no campo das cautelares pessoais, quais sejam:

²⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-4.

- a adoção do modelo polimorfo, que rompeu com o binário consistente na prisão cautelar/liberdade provisória, oferecendo ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva.

- a disposição do flagrante no seu devido lugar de prisão pré-cautelar ou subcautelar, preparatória da prisão preventiva.

- o resgate da fiança e com possibilidade de a própria autoridade policial poder arbitrá-la nos casos em que a pena máxima cominada ao delito não supere a 4 (quatro) anos;

Diante dessa reforma e já transcorridos mais de 3 (três) anos, cumpre indagar se tais inovações, mormente a inclusão das medidas cautelares alternativas à prisão, surtiram, na prática, o efeito descarcerizador, tão propalado quando da sua entrada em vigor.

Com efeito, cotejando os dados do sistema carcerário disponibilizados pelo INFOPEN e pelo CNJ, parece que, uma vez mais, a tentativa legislativa de diminuição da população carcerária – publicizada pelo discurso oficial e midiático - por meio de *medidas alternativas*, não resultou frutífera.

Isto porque, analisando os dados do INFOPEN, é possível observar que o número da população carcerária, **especialmente dos presos provisórios**, continua crescendo numa escala vertiginosa, senão veja-se²⁰²:

Dados de 12/2009:

País/UF	População carcerária	Presos Provisórios	Percentual
BR	473.626	209.165	44%
PR	37.440	18.468	49%
SC	13.340	3.842	28%

²⁰²Dados disponíveis no site: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. No presente trabalho, fez-se um recorte dos dados referentes ao âmbito nacional, ao Estado do Paraná e ao Estado de Santa Catarina.

Dados de 12/2010:

País/UF	População carcerária	Presos Provisórios	Percentual
BR	496.251	215.139	43,3%
PR	35.955	19.322	53,7 %
SC	14.541	3.908	27%

Dados de 12/2011:

País/UF	População carcerária	Presos Provisórios	Percentual
BR	514.582	217.146	42%
PR	33.586	15.303	45,5%
SC	14.974	3.992	26,6%

Dados de 2012:

País/UF	População carcerária	Presos Provisórios	Percentual
BR	548.003	229.065	47%
PR	31.312	11.701	37,3%
SC	16.623	4.796	29%

Dados de 2014²⁰³:

País/UF	População carcerária	Presos Provisórios	Percentual
BR	567.655	232.738	41%
PR	32.438	12.002	37%
SC	16.366	4.900	30%

²⁰³Dados de junho de 2014, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf.

Explorando os dados de 2011 até 2014, verifica-se que a população carcerária continua crescendo na sua totalidade e a custódia cautelar, a despeito do ingresso no ordenamento jurídico das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, com redação dada pela Lei 12.403/2011), também está em crescimento.

Segundo pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro, denominada “usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011²⁰⁴”, a prisão provisória é de longe a medida cautelar mais adotada e que continuou a prevalecer amplamente no ano de entrada em vigor da Lei 12.403.

No referido estudo, apontam os pesquisadores que 79% das 4.859 decisões analisadas, relativas a flagrantes de todos os tipos de crimes no ano de 2011, resultaram em privação da liberdade dos acusados e que, portanto, em 21% dos casos foram decretadas outras medidas cautelares.

O estudo indica ainda que o impacto da nova Lei recaiu sobre os delitos de menor gravidade (delitos de violação de direito autoral, falsificação de sinal alfandegário, furto, receptação e estelionato) para os quais, a rigor, sequer haveria possibilidade da aplicação da prisão provisória se fosse levado a sério o princípio da proporcionalidade que rege as medidas cautelares no processo penal²⁰⁵.

Os dados colhidos e examinados no capítulo 3 do presente trabalho, do mesmo modo, apontam para uma preferência na aplicação da prisão preventiva pelos Juízos Estaduais de Curitiba, após a comunicação da detenção em flagrante, mormente nos casos de crime de roubo e tráfico de drogas.

²⁰⁴ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; CANO, Ignacio; MUSEMECI, Leonarda. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da lei 12.403/2011*.

Disponível em: http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro_Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf. Acessado em 27/06/2014.

Como visto, os dados apontam para um percentual aproximadamente entre 85% a 98% de decretação da prisão preventiva em detrimento das demais medidas cautelares previstas, quando em mesa estão autos de prisão em flagrante com imputação dos crimes de roubo e/ou tráfico de drogas.

As medidas cautelares diversas da prisão, ao seu turno, são decretadas nos casos ditos de menor gravidade (furto simples e receptação), para os quais a rigor sequer caberia prisão preventiva.

Ou seja, muito distante de serem utilizadas como medida substituta à prisão provisória, as cautelares diversas (319, CPP) têm sido aplicadas aos casos em que a imputação refere-se a crime com pena de reclusão inferior a 4 (quatro) anos, configurando-se, por assim dizer, em medida cautelar pessoal própria para os delitos que não comportam prisão preventiva.

Dito de outra forma, o cotejo dos dados do sistema carcerário brasileiro fornecidos pelo INFOPEN e pelo CNJ, bem como a pesquisa empírica realizada com base nas decisões proferidas pelos Juízes Estaduais Criminais de Curitiba indicam que as medidas cautelares diversas da prisão em nada contribuíram para diminuição do número de presos provisórios, embora já estejam sendo aplicadas nos casos de menor gravidade – para os quais, ressalte-se, sequer caberia prisão provisória.

Dessarte, a partir das constatações teóricas delineadas nos tópicos anteriores, pode-se dizer que essa falaciosa tentativa de diminuir a expressiva população carcerária brasileira, por intermédio das medidas cautelares diversas (319, CPP), em verdade cumpre com uma função cara à sociedade de controle e neoliberal, qual seja, expandir o controle social pelas mais variadas tecnologias.

Com efeito, como se demonstrará no tópico a seguir, o efeito reverso e perverso das *medidas alternativas* ao cárcere não é privilégio das cautelares diversas, inseridas em nosso ordenamento pela Lei 12.403/11, nem tampouco é novidade na experiência jurídica pátria

4.3.2 A expansão do controle social pelo poder punitivo estatal no Brasil: histórico a partir dos substitutivos penais

Não é de hoje que se busca, ao menos no discurso, *medidas alternativas* ao encarceramento em massa.

Como explica Augusto Jobim AMARAL “desde as penas pecuniárias, passando pela suspensão condicional da pena, e chegando até o livramento condicional, sucessivos mecanismos foram aplicados na esteira da tentativa de evitar a prisionalização, fato marcante no movimento político criminal pelo mundo a partir principalmente da década de setenta”.²⁰⁶

Todavia, de nada adiantaram os mais variados substitutivos penais aplicados, ao longo do tempo, no Brasil²⁰⁷.

Ao revés, o que se sucedeu foi uma expressiva ampliação do controle social pelo sistema penal do Estado.

Quiçá a Lei 9.099/95, que instituiu o Juizado Especial Criminal no âmbito estadual, seja o exemplo mais contundente da expansão da gerência social pelo poder punitivo estatal.

Editada para dar cumprimento ao comando constitucional previsto no artigo 98, inciso I, da Constituição da República de 1988, o referido diploma legal foi enaltecido por parte da doutrina em virtude das medidas alternativas nela previstas (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo) que, em tese, teriam caráter despenalizador.

Nesse sentido, Maria Lucia Karam bem pontua que “os entusiastas da lei 9.099/95, que, sem enxergar a ampliação do poder do Estado de punir, facilitada por esses institutos materializadores da antecipação da reação punitiva, a saudavam como portadora de medidas depenalizadoras”.²⁰⁸ De

²⁰⁶ ROSA, Alexandre Moraes; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 9.

²⁰⁷ ROSA, Alexandre Moraes; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 10.

²⁰⁸ KARAM, Maria Lucia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

fato, os dados estatísticos indicam uma linha crescente da submissão de pessoas ao controle estatal por medidas alternativas, sem que do outro lado houvesse qualquer diminuição da população carcerária.

É o que explica Augusto Jobim AMARAL a partir da análise dos dados fornecidos pelo DEPEN:

Se, em 95, primeiro ano de vigência dos juizados especiais criminais, já houve (além dos 1.692 cumprimentos de *penas* alternativas – penas restritivas de direito) o registro de 78.672 casos de *medidas alternativas* (composição civil, transação penal ou suspensão condicional do processo), os dados de 2002 – após um curto período de implementação da Lei 9.714/98, bem como passada a definição pela 10.259/01 – já demonstravam um substancial aumento: 21.560 cumprimentos de *penas alternativas* somados aos 80.843 casos de execução de *medidas alternativas*. (...) Em 2009, os índices já apontavam para 126.273 o número de cumpridores de *penas alternativas*, chegando-se num total de 671.078 indivíduos sob a tutela do controle penal descarcerizado. - Nem por isso os níveis de encarceramento diminuíram -. A evolução da relação comparativa entre prisões e penas/medidas alternativas, continua gritantemente crescente. Não é demais reafirmar que, já em 2009, chegávamos (somados aos dados da época de presos na casa de 473.626) à amplitude da teia penal no Brasil da ordem de 1.144.704 pessoas envolvidas.²⁰⁹

Conforme Salo de CARVALHO “inegavelmente, a evolução do controle punitivo formal não carcerário, instrumentalizado pelos substitutivos penais, é expressiva nas duas últimas décadas²¹⁰”.

Para a criminologia crítica “os substitutivos penais atuam como mecanismos de relegitimação do cárcere, reduzindo a potência do discurso anticarcerário em nome de alternativas politicamente viáveis”.²¹¹

Destarte, pode-se dizer, sem qualquer receio, que na experiência brasileira a proposta de *medidas alternativas* à prisão, sejam elas de ordem material (penas substitutivas) ou processual (suspensão condicional do

²⁰⁹ ROSA, Alexandre Moraes; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p 8.

²¹⁰ CARVALHO, Salo. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Disponível em: <https://www.academia.edu/2758949/Substitutivos_Penais_na_Era_do_Grande_Encarceramento>. Acesso em: 29 ago. 2014.

²¹¹ CARVALHO, Salo. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Disponível em: <https://www.academia.edu/2758949/Substitutivos_Penais_na_Era_do_Grande_Encarceramento>. Acesso em: 29 ago. 2014.

processo, cautelares diversas, etc) definitivamente não contribuíram para diminuição das taxas de encarceramento, no entanto, ampliaram sobremaneira o alcance formal do poder punitivo estatal.

CONCLUSÕES

Para a conclusão passa-se a elaboração de condensações acerca do que foi exposto ao longo da presente pesquisa.

O Estado de Direito tem por característica nuclear o discurso da contenção do poder – que tende a ser arbitrário - pelo Direito.

O Estado de Direito Constitucional, formulado teoricamente após o “fracasso” da Lei - constatado durante os regimes fascista e nazista, cujas atrocidades foram cometidas sob a tutela da Lei -, resultado da simbiose entre o renascimento do *jusnaturalismo* e a teoria kelseniana, impõe a submissão do exercício do poder (tendencialmente arbitrário) ao controle não só legal, mas também e principalmente constitucional.

O processo penal, inserido nessa ordem, deve ser lido como instrumento de máxima eficácia das garantias individuais frente ao poder punitivo do Estado. Não há como se fazer outra leitura, ao menos se se partir da *necessidade/indefectibilidade* da jurisdição para o acerto do caso penal. Ora, se há necessidade de processo para imposição da sanção penal, isso significa que a imposição do poder punitivo (arbitrário, por essência) encontra no processo a contenção/limitação desejada no Estado de Direito.

As medidas cautelares processuais penais, neste contexto, só possuem legitimidade quando calcadas na instrumentalidade processual, também chamada de instrumentalidade qualificada.

Dito de outro modo, a aplicação da medida cautelar, seja ela pessoal ou patrimonial, só terá legitimidade se forem decretadas com finalidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo e/ou futura aplicação da sanção penal.

Os iluministas já assentavam a legitimidade da custódia cautelar na sua *necessidade* processual, mais especificamente “a custódia de um cidadão até que seja julgado culpado...deve durar o menor tempo e deve ser o menos

*dura possível e não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”.*²¹²

O regime jurídico das cautelares está estruturado pelos princípios da legalidade, jurisdicionalidade, excepcionalidade, provisionalidade, provisoriedade e proporcionalidade.

A decretação das cautelares no processo penal pátrio está condicionada ao preenchimento (i) do pressuposto probatório ou *fumus commissi delicti* consistente na existência da materialidade delitiva e fortes indícios de autoria e (ii) dos requisitos: a) *periculum libertatis*, na hipótese da prisão provisória.

A prisão preventiva, cautelar pessoal de maior incidência no cotidiano forense pátrio, é regida pelos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal

A medida cautelar penal submete-se à base principiológica das cautelares, razão porque deve seguir os passos da jurisdicionalidade, da provisoriedade, da provisionalidade, da excepcionalidade e, por fim, da proporcionalidade.

O número assustador de presos provisórios na América Latina despertou preocupação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que em 2007 editou o Informe nº 35/07, por meio do qual estabeleceu diretrizes sobre a aplicação da prisão preventiva para os Estados Membros do Pacto de São José da Costa Rica, dentre as quais, (i) o respeito à presunção de inocência enquanto mandamento de tratamento, não podendo haver imposição da custódia cautelar sem que tenha fortes indícios que leva a conclusão de que o acusado é o autor dos fatos investigados, (ii) necessidade de se estabelecer prazo máximo de duração da prisão preventiva, restando fixado o prazo de um terço da pena mínima como o razoável para manutenção da medida até sentença.

²¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª Ed. Traduzida por: SICA, Ana Paula Zomer, *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 508.

A prisão preventiva, como toda e qualquer medida cautelar, é instrumental ao processo principal (de conhecimento), sendo admissível enquanto medida constitucional e convencional somente nas restritas hipóteses em que há concreto perigo processual, seja por conta do risco de fuga, seja porque o investigado, solto, impedirá a investigação ou a instrução processual.

Não obstante, o atual Código de Processo Penal brasileiro prevê o “fundamento” da garantia da ordem pública como legítimo a determinar a custódia cautelar do investigado/acusado.

Tal fundamento, por justamente carecer de qualquer referencial semântico e, portanto, ser aplicável ao arbítrio do julgador, é o mais utilizado pelos Juízos Criminais, pelo menos, os da Justiça Estadual de Curitiba.

Os requisitos atinentes à *conveniência* da instrução criminal e aplicação da lei penal possuem, por assim dizer, conteúdo cautelar. Isso, não significa, todavia, que podem ser aduzidos com base em qualquer pretexto e para toda e qualquer situação. Ao revés, a despeito de possuírem cautelaridade, não podem ser levantados para, como por exemplo, forçar o investigado a contribuir de qualquer modo com a investigação, quer confessando, quer aceitando participar da colaboração premiada.

No Brasil, ao contrário de diversos outros países da América Latina, não há previsão legal do prazo máximo de duração da prisão preventiva. Diante dessa omissão legislativa, entende-se razoável o critério estabelecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fixado em 2/3 do mínimo da pena cominada ao delito imputado ao acusado.

Para a pesquisa empírica foram coletados dados de autos de comunicação de flagrante, distribuídos em 5 (cinco) varas criminais de Curitiba, no período compreendido entre junho a início de dezembro de 2014.

As reflexões realizadas sobre tais dados apontam para a absoluta preferência dos juízos criminais em decretar a prisão preventiva, mesmo podendo, via legal, impor medidas cautelares diversas da prisão.

Se examinados somente os crimes de roubo e/ou tráfico de drogas o percentual de decretação de custódia cautelar em detrimento das outras medidas chega a uma média aproximada de 90%. Ou seja, a possibilidade do acusado, autuado em flagrante delito pela prática do crime de roubo ou pelo crime de tráfico de drogas responder ao processo em liberdade é muito remota.

Com FOUCAULT, viu-se que na segunda metade do século XVIII surge uma forma nova de poder, diferente do poder soberano e também do poder disciplinar. Um poder que se exerce sobre a vida dos homens, sobre o homem espécie e não ao corpo individualizado (poder disciplinar).

Essa tecnologia do poder é desconhecida do direito que, por sua vez, se limita ao conhecimento do indivíduo e da sociedade a partir do poder soberano, aquele que em sua essência dispõe do próprio poder de vida e morte dos súditos.

Esse poder soberano é perpassado, penetrado pelo biopoder de maneira a se transformar num poder de fazer viver e deixar morrer.

Neste contexto o Estado exercerá seu poder de morte empregando o racismo, não na sua expressão de ódio entre raças e religiões, mas como justificativa legítima para a implementação da ação massacrante e mortífera do Estado.

Empregando essa construção teórica para a questão das prisões provisórias no Brasil, tem-se que as prisões enquanto mecanismos de eliminação – poderiam ser classificadas como assassinio indireto, porquanto aumentam sobremaneira a exposição à morte – são destinadas, a partir do racismo de classe, à *ralé*.

O país vivencia, dentro dessa lógica bélica contra à população da *ralé*, um verdadeiro estado de exceção, no seu máximo desdobramento, pois ao ignorar no âmbito externo o direito internacional (inclua-se aqui todos os tratados internacionais sobre direitos humanos e especialmente os Informes da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da custódia cautelar) e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente (a prisão

preventiva, medida de natureza excepcional vira a regra para a *ralé*), se coloca, no entanto, como aplicador do direito.

Os dados examinados durante o desenvolvimento da pesquisa dão substrato ao fenômeno retratado por ZAFFARONI como autoritarismo *cool*, no qual a medida cautelar transforma-se em pena cautelar, ou seja, por precaução sob o argumento da *periculosidade* social do investigado/acusado aplica-se desde logo uma pena que se arrastará por um bom período durante o desenvolvimento do processo, cuja finalidade será verificar se a referida pena cautelar corresponde a uma pena formal.

Ademais, a partir de ZAFFARONI é possível compreender criticamente o modo pelo qual se produz o massacre (leia-se encarceramento em massa) na América Latina. Ou seja, a construção do pânico moral e exploração do medo pela mídia (criminologia midiática) e a respectiva rotulação do inimigo, necessário para a canalização da vingança pelo poder punitivo, permitirá não só a execução do massacre, mas também naturalizará o poder de contenção do judiciário.

A neutralização do judiciário, concretizada sutilmente pela criminologia crítica faz com que os Juízes, quase sempre, atuem no que diz com a prisão preventiva a partir da *periculosidade judicial*, entendida como o risco que a soltura poderá provocar para o magistrado frente às pressões midiáticas, políticas e até mesmo da própria cúpula.

O Neoliberalismo, compreendido a partir de Foucault, não como uma expansão do mercado a níveis inimagináveis, sem qualquer intervenção do estado e por meio do qual se produziria a exclusão próxima da insuportabilidade, amenizada pelo sistema penal estatal que neutralizaria aqueles que não consomem.

Para o filósofo francês o neoliberalismo não se situa sob o signo do *laissez-faire*, mas sob o signo da vigilância e intervenção permanente do Estado, que passa a funcionar de acordo com os princípios formais da economia de mercado.

A sociedade de controle, contextualizada no momento em que as velhas práticas disciplinares e respectivas instituições de confinamento (prisão, escola, hospital) entram em crise, produz novas tecnologias de vigilância que se somam às velhas práticas disciplinares.

Como exemplo de crise das velhas instituições e rearranjo das tecnologias de poder, tem-se concernente à prisão a busca por penas substitutivas e medidas alternativas que, a rigor, não atenuam os problemas do cárcere, mas, por outro lado, ampliam o controle social pelo poder punitivo do Estado.

No Brasil, os mais variados substitutivos penais, elaborados desde a década de 70, são exemplos concretos da sociedade de controle, na qual há uma expansão significativa do controle social pelo Estado de condutas que anteriormente não demandavam atenção da *malha* penal.

Diante de tudo isso, impõe-se uma indagação: Existe o que fazer para, no mínimo, minorar este quadro?

A pesquisa ora apresentada é uma tentativa de lançar luzes a um problema – banalização da prisão preventiva - reconhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, recentemente, até mesmo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal²¹³.

Como visto, não basta cegamente pregar e demonstrar as violações constitucionais e convencionais, porquanto sequer penetram na prática forense, ao menos, é o que ficou constatado na maioria das decisões decretadoras de prisão preventiva analisadas durante a pesquisa.

Para além do constrangimento dogmático jurídico constitucional que se pode fazer concretamente em face das absurdas decisões que decretam prisões preventivas de forma banal e, portanto, inconstitucional, há que se exercer, ainda que no âmbito teórico do direito processual penal, aquilo que

²¹³ Sobre o assunto, confira-se: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-20/roberta-pioli-stf-posiciona-banalizacao-prisao-preventiva>.

ZAFFARONI denominou criminologia cautelar e/ou militante²¹⁴, no sentido de desmestificar o mundo *paranóide*, montado em cima do preconceito, e apontar os reais danos causados pela política popularesca e simplória que se funda na maximização do direito penal e na supressão das garantias processuais.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 461-483.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Curitiba, 2005. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito, Universidade Federal do Paraná.

_____. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; Oliveira, João Rafael. **A expansão do controle por meio das medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. In: Revista da Escola da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n.3, p. 225-247, 2014.

BOVINO, Alberto; BIGLIANI, Paola. **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

_____. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Lima: Ara Editores, 2005.

CÂMARA, Luis Antonio. **Medidas cautelares pessoais**. Prisão e liberdade provisória de acordo com a reforma do código de processo penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antônio Cardinalli. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 33-53.

_____. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008.

_____. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/2758949/Substitutivos_Penais_na_Era_do_Grande_Encarceramento>. Acesso em: 29 ago. 2014

CASARA, Rubens e MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo penal Brasileiro: dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Roma: UTET, 1986.

_____. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Tradução Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000

COSTA, Pietro. **O estado de direito**. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Juruá: Curitiba, 2010

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In:_____.(coord.) **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v.3, n. 30, p. 10-45, mar. 1998

_____. **O devido processo legal (penal) e o poder judiciário**. In: Antonio José Avelãs Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.) Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v., p. 291-300.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. Tradução de Peter Pal Pelbart. Cidade (?): Editora 34, 1990, p. 219-225.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo, **Direito processual penal**. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.

DINAMARCO, Candido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. Disponível em:
<http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Candido_Rangel_Dinamarco/O_regime.pdf0> acesso em: 20 de jul. de 2009.

DOMENICO, Carla. O seqüestro e o arresto de bens como medidas assecuratórias nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 75, p. 130-145, nov./dez. 2008.

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Traduzida por: Fauzi Hassan Choukr *at al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259-281.

FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Aula de 14 de fevereiro de 1979**. O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Aula de 24 de janeiro de 1979**. O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Aula de 21 de março de 1979**. O nascimento da biopolítica (Curso dado no Collège de France em 1978-9). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Curitiba, 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito. Universidade Federal do Paraná.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KARAM, Maria Lucia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEITE, Larissa. **Sociedade de risco e estado democrático de direito: uma análise das medidas assecuratórias do processo penal brasileiro**. Curitiba,

2008. 283 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

LEMGRUBER, Julita, et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**. Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Disponível em: <http://www.ucamcese.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/PresosProvLivro.pdf>. Acesso em: 04/11/2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

_____. **Direito processual penal**. 11^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Introdução Crítica do Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____. Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias. In: BONATO, Gilson. **Processo penal**: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003. p. 1-33.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUÑOS CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y El derecho penal de su tiempo**: estudios sobre El derecho penal em El nacionalsocialismo. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva e liberdade provisória**. A reforma da lei nº 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013.

PALAO, Julio Banacloche. **La libertad personal y sus limitaciones**. Detenciones y retenciones em el derecho español. Madri: McGraw-Hill, 1996.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **El processo penal brasileño veinticinco años después de la Constitución:** transformaciones, permanências. Disponível em: http://www.academia.edu/9662625/El_proceso_penal_brasile%C3%B1o_veinticinco_a%C3%B1os_despu%C3%A9s_de_la_Constituci%C3%B3n_transformaciones_permanencias.

_____. **El encarcelamiento provisório em Brasil:** panorama desde la resistência interna a la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Prision%20Preventiva%20Brasil%20CEJA.pdf>

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 21 ed. Revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal:** conforme a teoria dos jogos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório com exigência do devido processo legal substancial. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-13

_____. O Juiz e o Complexo de Nicolas Marshall. ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; AMARAL, Augusto Jobim. **Cultura da punição:** a ostentação do horror. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** In: Revista dos Tribunais, n. 798. p. 23-50.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de código de processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti (org). **O novo processo penal à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.247-270.

_____. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal.** Curitiba, 2008. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Direito. Universidade Federal do Paraná.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira:** quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

TORNAGUI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal.** V. 3. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal.** Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **A palavra dos mortos.** Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012

WEDY, Miguel Tedesco. **Teroria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006